

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة آل البيت

كلية القانون



رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان المصرفي

(دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والعراقي)

**Reclaiming the beneficiary of letter of guarantee by the
bank**

**A comparative study between Jordanian and Iraqi
legislation**

إعداد الطالب

رامي قيس حامد الحديثي

الرقم الجامعي (١٣٢٠٢٠٠٠٥٨)

إشراف الدكتور: رمزي أحمد ماضي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في
القانون من جامعة آل البيت

٢٠١٥

الآية القرآنية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم

بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ بَيْنِكُمْ وَلَا

تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

سورة النساء الآية ٢٩

التفويض

أنا رامي قيس حامد الحديثي أفوض جامعة آل البيت بتزويد نسخ من رسالتي للمكتبات أو المؤسسات أو الأشخاص عند طلبهم حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

التوقيع

التاريخ ٢٠١٥ / ١٢ / ١٥

الإقرار

إقرار والتزام بقوانين جامعة آل البيت وأنظمتها وتعليماتها لطلبة الماجستير والدكتوراه

أنا الطالب: رامي قيس حامد الحديثي. الرقم الجامعي: ١٣٢٠٢٠٠٠٥٨

أعلن بأنني قد التزمت بقوانين جامعة آل البيت وأنظمتها وقراراتها سارية المفعول المتعلقة بإعداد رسائل الماجستير والدكتوراه عندما قمت شخصياً بإعداد رسالتي بعنوان: **رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان المصرفي "دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والعراقي"**، وذلك بما ينسجم مع الأمانة العلمية المتعارف عليها في كتابة الرسائل والاطاريح العلمية. كما أعلن بأن رسالتي هذه غير منقولة أو مستله من رسائل أو اطاريح أو كتب أو أي منشورات علمية تم نشرها أو تخزينها في أي وسيلة إعلامية. وتأسيساً على ما تقدم فأنتني أتحمّل المسؤولية بأنواعها كافة فيما لو تبين غير ذلك بما فيه حق مجلس العمداء في جامعة آل البيت بإلغاء قرار منحي الدرجة العلمية التي حصلت عليها وسحب شهادة التخرج مني بعد صدورها دون ان يكون لي أي حق في التظلم أو الاعتراض أو الطعن بأي صورة كانت في القرار الصادر عن مجلس العمداء بهذا الصدد.

توقيع الطالب: التاريخ: ٢٠١٥ / ١٢ / ١٥

جامعة آل البيت

كلية القانون

نوقشت هذه الرسالة : "رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان المصرفي - دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والعراقي". وأجيزت بتاريخ ١٥ / ١٢ / ٢٠١٥ .

أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع

- ١- الدكتور رمزي أحمد ماضي. (رئيسا ومشرفا)
.....
- ٢- الدكتور عبد الله خالد السوفاني. (عضوا)
.....
- ٣- الدكتور عمر فلاح العطيين. (عضوا)
.....
- ٤- الدكتور قيس عنيزان الشرايري. (عضوا خارجيا)
.....

الهدايا

الح ... من كانت أناملهم شموع تثير له طريق ... والى الأجزاء

الح ... من جعل الله بيني وبينها مودة ورحمة ... زوجتي العزيزة

الح ... من جعلهم الله زينة حياتي ... ابنتي الغالية

الح ... من يلم أشك أرى ... شموع سعادتني إخوتي الأجزاء

الح ... القلوب التي أحبتني وأحبتني ... أقارب ... أصدقاء

إلىكم جميعاً الهدايا ثمرة جهدي المتواضع

الشكر والتقدير

- الحمد لله الذي بحمده تدوم النعم، وبفضله يستجلب الخير والكرم، وأفضل الصلاة وأثر السلام على النبي الأعز الأكرم، الحمد لله الذي وهبني الصحة والعافية في بدني والبصيرة في قلبي ومكنني من الوصول بالبحث الى نهايته فالشكر لله تعالى أولاً .
- وأقدم جزيل شكري ووافر تقديري وامتناني إلى الأستاذ الدكتور مرمرزي ماضي على تفضله بالأشراف على إعداد هذه الرسالة وقد كان لتوجيهاته العلمية القيمة دور فعال في انجاز هذا البحث جزاءه الله عني خير الجزاء .
- كما أقدم بجزيل الشكر والامتنان للأستاذة الأفاضل السادة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بتحمل عبء مراجعة هذه الرسالة ومناقشتها، وفقهم الله كل خير .

الباحث

قائمة المحتويات

| رقم الصفحة | الموضوع |
|------------|--|
| ب | الآية القرآنية |
| ج | التفويض |
| د | الإقرار |
| هـ | قرار لجنة المناقشة |
| و | الإهداء |
| ز | الشكر والتقدير |
| ح | قائمة المحتويات |
| ك | الملخص |
| ١ | المقدمة |
| ٢ | مشكلة الدراسة |
| ٢ | عناصر مشكلة الدراسة |
| ٢ | فرضية الدراسة |
| ٢ | أهمية الدراسة |
| ٣ | أهداف الدراسة |
| ٣ | الدراسات السابقة |
| ٤ | منهجية الدراسة |
| ٤ | خطة الدراسة (المخطط الهيكلي) |
| ٥ | المبحث التمهيدي: مفهوم خطاب الضمان المصرفي وتمييزه عن الاعتماد المستندي. |
| ٦ | المطلب الأول: ماهية خطاب الضمان. |
| ١٤ | المطلب الثاني: الاعتماد المستندي وتمييزه عن خطاب الضمان |
| ١٨ | الفصل الأول: حالات رجوع البنك على العميل الأمر والمستفيد من |

| | |
|----|--|
| | خطاب الضمان. |
| ١٩ | المبحث الاول: رجوع البنك على العميل الأمر والأساس القانوني لالتزامه. |
| ٢٠ | المطلب الاول: رجوع البنك على العميل الأمر. |
| ٢٤ | المطلب الثاني: الأساس القانوني لالتزام البنك. |
| ٢٤ | الفرع الاول: تحديد الأساس القانوني على أساس نظرية العقد. |
| ٣٤ | الفرع الثاني: إرادة البنك المنفردة تكفي لتأسيس التزامه بموجب خطاب الضمان. |
| ٣٨ | المبحث الثاني: رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان المصرفي. |
| ٣٩ | المطلب الاول: الغش والتعسف الظاهر من المستفيد. |
| ٤٠ | الفرع الاول: الغش والتعسف الظاهر في خطابات الضمان. |
| ٤٧ | الفرع الثاني: حالات الغش طبقا لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥. |
| ٥٠ | المطلب الثاني: حالات أخرى لرجوع البنك على المستفيد في خطاب الضمان المصرفي. |
| ٥١ | الفرع الاول: الحالات التي تجيز للبنك التمسك بالامتناع عن السداد. |
| ٥٣ | الفرع الثاني: رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان. |
| ٥٦ | الفصل الثاني: شروط وآثار رجوع البنك على العميل والمستفيد من خطاب الضمان المصرفي. |
| ٥٦ | المبحث الاول: شروط وآثار رجوع البنك |
| ٥٧ | المطلب الاول: شروط وآثار رجوع البنك على العميل الأمر. |
| ٥٧ | الفرع الاول: شروط رجوع البنك على العميل الأمر |
| ٦٠ | الفرع الثاني: الأثر المترتب على رجوع البنك على العميل الأمر. |
| ٦٢ | المطلب الثاني: شروط وآثار رجوع البنك على المستفيد. |
| ٦٢ | الفرع الاول: شروط رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان. |
| ٦٥ | الفرع الثاني: الأثر المترتب على رجوع البنك على المستفيد من |

| | |
|----|---|
| | خطاب الضمان. |
| ٦٨ | المبحث الثاني: أحكام مهمة في خطاب الضمان. |
| ٦٨ | المطلب الاول: تمديد وتعديل خطاب الضمان. |
| ٦٩ | الفرع الاول: تعديل خطاب الضمان. |
| ٧٠ | الفرع الثاني: تمديد خطاب الضمان. |
| ٧٣ | المطلب الثاني: التحكيم في خطابات الضمان. |
| ٧٣ | الفرع الاول: ماهية التحكيم. |
| ٧٧ | الفرع الثاني: اثر اتفاق وحكم التحكيم على التزام البنك في خطابات الضمان. |
| ٨٣ | الخاتمة. |
| ٨٧ | قائمة المراجع والمصادر. |
| ٩٤ | الملخص باللغة الانكليزية. |

المخلص:

قمنا من خلال هذه الدراسة بتوضيح عملية إصدار خطاب الضمان المصرفي وتعريفه وشروطه وآثاره وتميزه عن الاعتماد المستندي كونه اقرب عملية مصرفية إلى خطابات الضمان، وتم ذلك من خلال المبحث التمهيدي.

ثم قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين: تناولنا في الفصل الأول حالات رجوع البنك على العميل الأمر لان الأصل في رجوع البنك يكون على طالب إصدار خطاب الضمان، ثم بحثنا في الأساس القانوني لالتزام البنك وتم ذلك من خلال المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فقد تناولنا الاستثناء على المبدأ العام وهي عملية رجوع البنك على المستفيد، وتطرقنا إلى حالة الغش والتعسف الظاهر في مطالبة المستفيد كسبب يجيز للبنك في الخروج على مبدأ استقلال التزام البنك بموجب خطاب الضمان المصرفي، وتناولنا عملية رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان وقد قام الباحث بتقسيمها إلى حالات تجيز للبنك الامتناع عن السداد وحالات أخرى تجيز الرجوع الفعلي بقيمة ما دفعه البنك للمستفيد.

ثم تناولنا في الفصل الثاني من هذه الدراسة شروط وآثار رجوع البنك وقد قسمت إلى شروط آثار رجوع البنك على العميل الأمر على اعتبار أن ذلك يمثل المبدأ العام في عملية الرجوع، وكذلك شروط وآثار رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان المصرفي، وتم ذلك من خلال المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فقد تناولنا بعض الأحكام المهمة في خطاب الضمان ومنها عملية تعديل وتمديد خطاب الضمان، واثار اتفاق وحكم التحكيم على التزام البنك اتجاه المستفيد من خطاب الضمان المصرفي.

وفي نهاية الدراسة قمنا بتوضيح أهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة والتي كان من أبرزها: أن رجوع البنك بما دفع من قيمة الضمان يكون على العميل الأمر والأساس القانون لذلك هو عقد إصدار خطاب الضمان، وقد وضعنا عدة توصيات أهمها: تنظيم عملية رجوع البنك على المستفيد من خلال نصوص تشريعية من اجل حماية البنوك من عمليات الاحتيال التي قد تتعرض لها من خلال التواطؤ بين العميل الأمر والمستفيد خاصة إذا طلب من البنوك اصدار خطابات الضمان بمبالغ كبيرة بدون غطاء أو بغطاء جزئي .

المقدمة

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين أما بعد.

فبعد تطوّر الحياة العامة واتساع الأنشطة التجارية المختلفة، فقد دعت الحاجة إلى تأسيس العديد من البنوك التجارية والتي تمارس أعمالها بموجب تراخيص قانونية، وتعدد الأنشطة المالية والتجارية التي تمارسها لصالح عملائها ابتداء من تلقي الودائع إلى منح القروض وفتح الاعتمادات المستندية وإصدار خطابات الضمان والكفالات بأنواعها المختلفة إلى غير ذلك من العمليات المتنوعة.

ما يعنينا هنا في هذا المقام من عمليات البنوك هي عملية إصدار خطابات الضمان والتي تكون بناء على طلب من احد عملاء البنك بمناسبة تنفيذهم لعملية تجارية معينة تكون لصالح مستفيد معين، وتتضمن هذه الخطابات عادة تعهدا من البنك بدفع مبلغ معين من النقود خلال مدة معينة؛ وتنشئ الحاجة إلى خطاب الضمان عندما يجد العميل نفسه محتاجا إلى أن يقدم تامين مالي إلى شخص طبيعي أو اعتباري يرغب في التعامل معه لكي يقبل الأخير إتمام عملية التعاقد، هنا يلجأ طالب خطاب الضمان إلى البنك الذي يتعامل معه، ويطلب منه إصدار خطاب الضمان إلى الشخص الذي ينوي التعامل معه حيث يتعهد البنك بصورة نهائية بضمان العميل في حدود المبلغ المعين في خطاب الضمان خلال المدة المعينة، وذلك بالقيام بدفع المبلغ إلى المستفيد بمجرد أن يطلب ذلك.

وبذلك يتولّد عن خطاب الضمان ثلاث علاقات أساسية كل علاقة منها مستقلة عن الأخرى وهي علاقة العميل بالمستفيد التي ينظمها عقد الأساس والتي قد تكون بيعا أو توريدا مثلا وعلاقة العميل بالبنك وينظمها عقد خطاب الضمان والعلاقة الأخيرة والتي هي محل بحثنا وهي علاقة البنك بالمستفيد والتي تنشئ بصورة مباشرة عن طريق خطاب الضمان وحالة رجوع البنك على المستفيد، خاصة وأن البنك إلّزم اتجاه المستفيد من الخطاب بإرادته المنفردة وإن قبول المستفيد لهذا الخطاب قد ولد إلّزام قانوني على البنك بدفع مبلغ معين من النقود له بمجرد الطلب .

ثانيا : مشكلة الدراسة :

تتمثل مشكلة الدراسة في استقلال خطاب الضمان إي أن التزام البنك اتجاه المستفيد بات ونهائي ومحدد بدفع مبلغ معين من المال أو قابل للتعيين عند الطلب، ويكون حق البنك بالرجوع بقيمة ما دفع على العميل الأمر بموجب عقد فتح الاعتماد بالضمان وليس على المستفيد، لكن توجد حالات يمكن للبنك فيها الامتناع عن الاستجابة لمطالبة المستفيد أو الرجوع فيها على المستفيد بما دفع مستمدة من علاقتهما المباشرة بموجب وثيقة خطاب الضمان كأن ترد المطالبة بقيمة خطاب الضمان بعد انتهاء مدته، أو جاءت هذه المطالبة مخالفة لأحد شروط الخطاب، أو كانت إرادة البنك معيبة، أو هناك غلط في شخصية المستفيد، أو صدور غش أو تعسف واضح من المستفيد .

ثالثا :عناصر الدراسة:

- ١- التعريف بخطاب الضمان المصرفي وتميزه عن الاعتماد المستندي .
- ٢- ما هي العلاقات الناشئة بين الأطراف والأساس القانوني لالتزام البنك في خطاب الضمان المصرفي .
- ٣- حالات رجوع البنك على العميل الأمر والمستفيد من خطاب الضمان المصرفي
- ٤- شروط وآثار رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان .
- ٥- تمديد وتعديل خطابات الضمان وأثر ذلك على إلتزام البنك .
- ٦- أثر التحكيم على إلتزام البنك في خطابات الضمان .

رابعا : فرضيات الدراسة:

- ١- للبنك الحرية في رفض أو قبول منح خطاب الضمان .
- ٢- رجوع البنك على المستفيد أساسه العقد .
- ٣- أساس التزام البنك اتجاه المستفيد هي إرادة البنك المنفردة .
- ٤- علاقة البنك بالمستفيد يحددها خطاب الضمان ولا شيء سوى خطاب الضمان .

خامسا : أهمية الدراسة:

تأتي أهمية هذه الدراسة من خلال بيان أهمية خطاب الضمان كونه وسيلة بديلة عن النقود، أي بمعنى آخر أنها بديلة عن التأمين النقدي، وبيان حالة رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان من خلال العبارات والصيغ القانونية الواردة فيه.

سادسا: أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى بيان علاقة البنك بالمستفيد من خطاب الضمان وبيان الطبيعة القانونية للالتزام البنك اتجاه المستفيد والحالات التي يستطيع من خلالها البنك من الرجوع على المستفيد من خطاب الضمان .

سابعا: الدراسات السابقة :

١- **أحكام خطاب الضمان المصرفية**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية (١٩٩٥) مقدمة من

قبل احمد عيسى أبو صد، حيث تناولت هذه الدراسة توضيح مفهوم خطاب الضمان المصرفي من حيث التعريف وكذلك الالتزامات التعاقدية في عملية إصدار خطاب الضمان من خلال ثلاثة عقود بين العميل والبنك والمستفيد، وأخيرا تناولت أسباب انقضاء خطاب الضمان وأحكامه بالنسبة للغير وتتداخل هذه الدراسة مع موضوع بحثنا من ناحية العلاقة التعاقدية بين طرفين من أطراف خطاب الضمان وهي علاقة البنك بالمستفيد، وتختلف عن دراستنا في أنها تناولت أحكام خطابات الضمان بصورة عامة من بداية إصداره الى انقضائه بالوفاء أو بالطرق الأخرى لانقضاء خطابات الضمان .

٢- **خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية**، رسالة

ماجستير مقدمة من قبل إيهاب محمد نور عبد الله، جامعة جوبا، السودان ٢٠٠٩. وقد تناولت هذه الدراسة مفهوم خطاب الضمان بالنسبة للشريعة الإسلامية والقانون وكذلك أهمية خطاب الضمان واستقلاله عن عقد الأساس الذي بمناسبته طلب خطاب الضمان وتتداخل هذه الدراسة مع موضوع بحثنا من خلال التعريف العام لخطاب الضمان واستقلال التزام البنك بالمستفيد عن عقد الأساس الذي بموجبه تم إصدار خطاب الضمان، وتختلف عن دراستنا من ناحية تناولها أحكام خطاب الضمان وتكييفه الفقهي في ضوء الشريعة الإسلامية ومدى جواز اخذ الأجر من قبل البنك على عملية إصدار خطاب الضمان.

٣- **الغش من المستفيد من خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقا لاتفاقية**

اليونسترال ١٩٩٥. دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، دولة الإمارات العربية المتحدة للباحث حمدي محمد مصطفى، وقد عالج البحث اثر غش المستفيد في خطابات الضمان الدولية على التزام البنك وذلك من خلال القواعد التي وضعتها الأمم المتحدة عام ١٩٩٥. تتداخل هذه الدراسة مع موضوع البحث من خلال إمكانية رجوع البنك على المستفيد في حالة صدور عملية غش من الأخير خاصة وان التزام البنك اتجاه المستفيد

هو التزام مستقل عن العلاقة بين البنك وعميله، وتختلف عن دراستنا في تناولها بعض أحكام خطاب الضمان بصورة عامة في الفقه الغربي ومقارنتها بالفقه الإسلامي والفقه القانوني العربي والمتمثل بالآراء التي قيلت في كل من مصر والكويت والإمارات العربية المتحدة .

ثامنا : منهجية الدراسة :

سوف يقوم الباحث بإتباع المنهج الوصفي في البحث في موضوع الدراسة من خلال الاطلاع على الآراء الفقهية ومقارنتها ببعض الأحكام القضائية والتشريعات التجارية الخاصة بالعمليات المصرفية في الأردن والعراق موضحا أبعاد الموضوع من خلال ما يتم التوصل إليه من نتائج وتوصيات .

تاسعا : المخطط الهيكلي :

تتكون هذه الدراسة من المواضيع الآتية :

- المقدمة .
- المبحث التمهيدي: مفهوم خطاب الضمان المصرفي وتميزه عن الاعتماد المستندي .
- الفصل الأول : حالات رجوع البنك على العميل الأمر وعلى المستفيد من خطاب الضمان.
- المبحث الأول : رجوع البنك على العميل الأمر والأساس القانوني للالتزام البنك.
- المبحث الثاني: رجوع البنك على العميل والمستفيد من خطاب الضمان المصرفي .
- الفصل الثاني : شروط وآثار رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان.
- المبحث الأول: شروط رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان .
- المبحث الثاني: أحكام مهمة في خطاب الضمان .
- الخاتمة (النتائج والتوصيات) .

المبحث التمهيدي

مفهوم خطاب الضمان المصرفي وتميزه عن الاعتماد المستندي

من العمليات المصرفية الشائعة والتي تعد من الأعمال التجارية بذاتها هي خطابات الضمان المصرفية والتي من خلالها تقدم المصارف خدمة لعملائها ، وتتخلص هذه العملية التجارية التي يقوم بها المصرف بكفالة عملية اتجاه الغير بخطاب يرسل إلى الأخير (المستفيد) على شكل خطاب الضمان يكون محله مبلغ محدد من النقود أو قابل للتحديد ويكون قابلاً للصرف عند أول مطالبه من قبل المستفيد؛ وتقوم خطابات الضمان بدور مهم في الحياة الاقتصادية لكونها تحل محل التأمين النقدي الذي يطلب في مجال العقود العامة أو الخاصة مثل عقود التوريد أو عقود الأشغال العامة وغيرها من مجالات الأنشطة الاقتصادية، حيث انه من المعلوم أن كل من يريد الارتباط مع جهة معينة بعقد من العقود فأن عليه أن يقدم مع العطاء تأميناً نقدياً بنسبة معينة من مجموع قيمة العطاء لضمان جديته و حسن تنفيذه لالتزاماته ويجب عليه أن يودع هذا التأمين النقدي لدى جهة معينة كأن تكون خزانة الحكومة مثلاً، وهذا يؤدي بالنتيجة إلى ضرر مقدم العطاء لأنه يعطل جزء من السيولة النقدية التي تحت يد المقاول والتي تساهم في حسن تنفيذه لالتزاماته التعاقدية من هنا جاءت أهمية خطاب الضمان بوصفه بديلاً عن النقود ويمثل في نفس الوقت وسيلة انتمائية تصدر من احد البنوك ضماناً للمتعاقد كون البنك مديناً أصيلاً اتجاه المستفيد بموجب خطاب الضمان، هذا من جانب ومن جانب آخر فأن لخطاب الضمان أهميته العملية كونه يحقق مصالح جميع الأطراف في العلاقة التعاقدية فمن ناحية العميل فإنه يحصل على ضمان البنك له لكي يستطيع التعاقد مع الطرف الآخر ومن ناحية المستفيد فإنه سيحصل على ضامن مليء متمثل بالبنك أما البنك فإنه لا بد سيحصل على عمولة وأرباح مقابل تقديمه لخطاب الضمان^(١).

أما فيما يخص الاعتمادات المستندية فان لها دور مهم في التجارة الدولية لما تمثله من دور مهم في التجارة الدولية حيث تعد من الوسائل المهمة لتمويلها عن طريق البنوك من خلال تضمينها شرطاً يقضي أن يكون دفع الثمن عن طريق بنك يكون في بلد المستفيد (البائع)^(٢). وسوف نقوم

^١ الشطني، أيمن و شقر، عامر (٢٠٠٥)، مبادئ القانون التجاري، د ط، عمان: دار البداية، ص ٥٥.

^٢ خطاطبة، محمد سليمان (٢٠٠٩)، التزام البنك بفحص المستندات في عقد الاعتماد المستندي وفقاً للأصول والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية لسنة ١٩٩٣ الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، بحث مقدم لغايات التسجيل في سجل نقابة المحامين، عمان: نقابة المحامين الأردنيين، ص ٨.

بعملية تحليل خطاب الضمان من خلال المطلب الأول ببيان تعريفه وشروطه والعلاقات الناشئة بين أطرافه، ونتناول بالمطلب الثاني ماهية الاعتماد المستندي وتميزه عن خطاب الضمان والتي تعد صورة من صور العمليات المصرفية التجارية.

المطلب الأول

ماهية خطاب الضمان

كون عملية إصدار خطاب الضمان من العمليات المصرفية التي نشأت بداعي الحاجة إليها بوصفها بديلا عن التأمينات النقدية، فقد حازت على اهتمام واسع من جانب الفقه والقضاء إضافة إلى المحافل الاقتصادية والقانونية الدولية، كما تناولتها بعض القوانين والتشريعات التجارية ومنها التشريع العراقي من خلال التعريف بها وتنظيمها بنصوص تشريعية، لذا سوف نتناول من خلال هذا المطلب بالتعريف بخطاب الضمان التي وردت في النصوص التشريعية والاجتهادات الفقهية و ماتم الإشارة إليه في بعض القرارات القضائية .

أولاً: تعريف خطاب الضمان.

تعد عملية إصدار خطاب الضمان إحدى العمليات التي تقوم بها البنوك والتي نشأت عن طريق الأعراف المصرفية من أجل مواجهة حاجات المعاملات التجارية المتزايدة، وخطابات الضمان تعد نوع من أنواع الائتمان التي تقدمها المصارف لعملائها، حيث يقوم البنك بعملية إصدار تعهد بموجب خطاب الضمان بأن يدفع إلى شخص (المستفيد) يعينه العميل مبلغ معين أو قابل للتعيين من النقود قائم على أساس توقيع البنك لما لتوقيعه من قيمة ائتمانية ويستند هذا التوقيع إلى مركز البنك المالي وسمعته مقابل عمولة على ذلك وليس فوائد لأنه ليس قرض^(١).

وقد عرف أحد الفقه خطاب الضمان بقوله "خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن، بناء على طلب عميله (الآمر) بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد) ، مبلغا معيناً من النقود عند أول طلب منه، سواء خلال اجل محدد عادة أو غير محدد، في أثناء سريان اجله رغم أي معارضة يبيدها العميل المضمون أو البنك

^١ عوض، علي جمال الدين (٢٠٠٠)، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دون طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية . ص ١٢ .

الضامن على أن يكون الضامن شخصا غير المتعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المستفيد" (١).

لم يتطرق المشرع الأردني في قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ إلى خطابات الضمان بشكل واضح ومستقل على خلاف بعض التشريعات العربية ومنها قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في المادة (٣٥٥).

لكن بالرجوع إلى ما قرره المادة (١٢١) من قانون التجارة الأردني (٢) والخاصة بالاعتماد المصرفي والتي نصت على ما يلي "إذا خصص الاعتماد المصرفي وفاء لمصلحة الغير وأيد المصرف هذا الاعتماد فلا يجوز بعد ذلك الرجوع عنه أو تعديله بدون رضا ذلك الغير ويصبح المصرف ملزما بإزاءه مباشرة ونهائيا بقبول الإيفاءات المصورة " من هذا النص يستنتج أن خطاب الضمان يمكن أن يعد اعتمادا مصرفيا (٣).

أما ما جرى العمل عليه في التشريع التجاري الأردني الذي لم يورد تعريفا لخطاب الضمان هو الخلط بين الكفالات الصادرة عن البنوك وخطاب الضمان مما انعكس على تعريف خطاب الضمان فعندما يتحدث الفقه عن الكفالة المصرفية من حيث التعريف فأنهم في الحقيقة يتحدثون عن خطابات الضمان فبعض الكتاب يخلطون بينهما (الكفالة المصرفية وخطاب الضمان) وهذا خلط غير جائز ولا مبرر لأن لكل من الكفالة وخطاب الضمان نظام قانوني مستقل وقائم بذاته (٤).

ظهرت خطابات الضمان في نطاق عمليات البنوك من خلال ممارسة أنواع جديدة من الضمانات التي تقدمها هذه البنوك لعملائها إلى جانب الكفالات المصرفية التي احتلت مكانا مهما ومجالا واسعا بين هذه العمليات وقد استعمل لفظ (الكفالة المصرفية) للدلالة على مضمون خطابات

١ عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مرجع سابق، ص ١٢

٢ قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ المنشور على الصفحة (٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤ في ١٩٧٦/١/٨.

٣ العنصرة، محمد حمد الله (٢٠٠٩)، خطابات الضمان المصرفية، بحث مقدم لغايات التسجيل في سجل نقابة المحامين، عمان: نقابة المحامين الأردنيين، ص ٢.

٤ أبو صد، احمد عيسى (١٩٩٥) ، أحكام خطابات الضمان المصرفية، رسالة ماجستير، عمان: الجامعة الأردنية، ص ٩.

الضمان، من هنا درج القضاء الأردني^(١) على إطلاق لفظ (خطاب الضمان) للدلالة على صورة من صور الكفالة المصرفية^(٢).

ويذهب احد الفقه إلى أن خطاب الضمان لا يعد كفالة مصرفية وفقا لقواعد القانون المدني^(٣) التي تجعل من الكفالة عقدا تابعا لعقد أصلي اتجهت نية الكفيل إلى ضمان تنفيذه نظرا لتبعية التزام الكفيل (البنك) إلى الالتزام الذي أنشأه العقد الأصلي، ولا يمكن تصورهما في خطاب الضمان لأن التزام البنك في خطاب الضمان مستقل عن الالتزام الأصلي ، وأن خطاب الضمان هو عبارة عن تعهد بدفع مبلغ معين من النقود عند أول مطالبة بينما التزام المدين في الكفالة هو القيام بعمل معين^(٤).

أما بالنسبة للتشريعات التجارية في العراق، فقد عرّف المشرّع العراقي خطاب الضمان من خلال نص المادة (٢٨٧) من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه " تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الامر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في الخطاب الغرض الذي صدر من اجله "^(٥).

أما القضاء العراقي فقد تناول خطاب الضمان في وقت سابق على تقنين هذه العملية تشريعيا حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز برقم ١٩٦٧/٢/١٥٢٤ بتاريخ ١٩٦٨/٤/٢٠ بأنه " خطاب الضمان أن يتعهد البنك بدفع مبلغ معين إلى شخص أو جهة بمجرد حصول طلب من المستفيد

^١ قد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " كفالة حسن التنفيذ نوع من الكفالات يكون فيها البنك ملزما بدفع قيمتها للمستفيد (المدعي) بمجرد الطلب دون أن يكون البنك مضطرا لإخطار عميله، لأنه في مثل هذه الحالة يؤدي دينا عليه تعهد بأدائه..." ، مجلة نقابة المحامين، تمييز حقوق ٩٦/٢٩٢، ص ٣٤٢٦ .

^٢ الكيلاني، محمود (٢٠٠٢)، أثار خطابات الضمان المصرفية، مجلة البنوك في الأردن، ٢، (٢١)، ٩٨١٩-٩٨٤٤، ص ٥١.

^٣ نصت المادة (٩٥٠) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المنشور على الصفحة (٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤٥ في ١٩٧٦/٨/١ على أن " الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام "

^٤ الكيلاني، محمود (٢٠٠٠)، الخصائص المميزة لخطابات الضمان، مجلة البنوك في الأردن، ٣، (٢١)، ٩٢٩٨-٩٣٠٣، ص ٥٦ .

^٥ قانون التجارة العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٨٤ المنشور على الصفحة ٢٣٠ من عدد الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) رقم ٢٩٨٧ في ١٩٨٤/٤/٢ .

وبالرغم من معارضة العميل بحيث لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمير أو بالمستفيد^(١).

مما تقدم يتبين لنا أن خطاب الضمان عبارة عن عملية من العمليات التي تقوم بها المصارف وهي عملية تجارية بطبيعتها، لأنها تقوم على مبدأ الربح وان سبب نشوئها الحاجة التي دعت إليها بسبب توسع العمليات التجارية وكبر حجمها الأمر الذي أدى إلى إيجاد صيغة معينة توفر الأمان لأحد المتعاقدين من خلال منح الثقة من قبل البنك واعتباره مدينا أصيلا إلي جانب العميل اتجاه المستفيد من خطاب الضمان، وجاهزيته للوفاء بقيمة الخطاب عند أول مطالبة دون قيد أو شرط، كما أن خطاب الضمان يوفر من ناحية أخرى فائدة لكل من البنك والعميل من خلال منح الثقة للعميل لكي يستطيع إتمام عملية التعاقد و الاحتفاظ بالقوة النقدية لديه حتى يستعين بها على إكمال ما عهد إليه من أعمال أو مقاولات أو توريدات، كذلك فإن البنك يحقق فائدة معينة من خلال ما يتقاضاه من العميل من عمولات وأجور ومصاريف إدارية لقاء قيامه بعملية إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد بناء على طلب العميل

ثانياً: العلاقات بين الأطراف في خطابات الضمان.

يقوم خطاب الضمان على علاقة ثلاثية تربط بين الأطراف في خطاب الضمان وسوف نأتي على دور والتزامات كل منهم بشيء من التفصيل .

١- علاقة الأمر بالمستفيد: أن الطرف الأول في خطاب الضمان هو العميل (الأمر) وهو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يطلب من البنك الذي يتعامل معه القيام بعملية إصدار خطاب الضمان، لصالح المستفيد الذي تربطه بالعميل علاقة تعاقدية محلها العقد المبرم بينهما للقيام بعمل معين، هنا العلاقة بين العميل والمستفيد مستقلة تماماً عن علاقة كل منهما اتجاه البنك بموجب خطاب الضمان^(٢). هنا يلتزم العميل بأن يقدم إلى المستفيد (المتعاقدين معه) تأمين يوازي قيمة التأمين الذي طلبه المستفيد، ويبقى ملتزماً اتجاهه بالتزامات الأخرى التي تفرضها عليه العلاقة التعاقدية

^١ نقلاً عن العبد لي، (٢٠١٠)، آثار خطابات الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية، المرجع سابق، ص ١١.

^٢ معهد الدراسات المصرفية (٢٠١١)، خطاب الضمان، العدد العاشر، دولة الكويت،

، تأريخ الدخول ٢٠/٥/٢٠١٥ ، www.kibs/end.kw/upload/gurnleel.385pdf

بينهما حيث إنها بعيدة عن خطاب الضمان ولا يؤثر خطاب الضمان فيها وان كانت السبب في صدوره^(١).

٢- علاقة العميل بالبنك: وتخضع هذه العلاقة بين العميل طالب خطاب الضمان والبنك مصدر خطاب الضمان إلى عقد إصدار خطاب الضمان ، وهو عقد سابق على إصدار خطاب الضمان، إذ أن عملية إصدار خطاب الضمان تبدأ عادة بان يقدم العميل إلى البنك الذي يتعامل معه طلب إصدار خطاب ضمان لصالح جهة مستفيدة مع بيان شروط الخطاب وبعد أن يقوم البنك بفحص الشروط والضمانات العينية أو الشخصية المقدمة من قبل العميل كغطاء للخطاب، يقوم بعملية إصدار خطاب الضمان، وعندئذ ينقذ بين الطرفين عقد يلتزم بموجبه البنك بإصدار خطاب ضمان باسم المستفيد وفقا للشروط التي يحددها العميل مقابل ذلك يلتزم العميل بتقديم غطاء لخطاب الضمان (كلي أو جزئي) وبدفع العمولة والمصاريف التي يستحقها البنك مقابل قيامه بإصدار خطاب الضمان، كما يلتزم العميل برد قيمة الخطاب في حالة قيام البنك بدفع قيمة الخطاب إلى المستفيد في حال طلبه ويضاف على التزامات العميل عدم الاعتراض على دفع قيمة الخطاب من قبل المصرف إلى المستفيد^(٢).

٣-علاقة البنك بالمستفيد: وهذه العلاقة الثالثة من علاقات خطاب الضمان وهي علاقة البنك بالمستفيد والتي هي في الحقيقة اثر من الآثار التي تولدت عن العلاقة بين العميل الأمر والبنك والتي أدت إلى أن يصدر البنك خطاب الضمان لمصلحة المستفيد، فأصدار البنك للخطاب يعد تعهدا نهائيا من قبله بدفع مبلغ الضمان المطلوب من عميله، فإذا لم يعترض المستفيد على الخطاب الموجه إليه أو لم يرفضه في وقت مناسب من وصوله إليه عد قابلا به^(٣).

إن العلاقة بين البنك والمستفيد من خطاب الضمان يحكمها خطاب الضمان وحده ، فهو الذي يحدد التزامات البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها للمستفيد حيث لا يلتزم البنك إلا في حدود العبارات الواردة في الخطاب، فإذا كان متفقا على إصدار خطاب الضمان بشروط معينة وصدر بشروط أخرى، فإن الأساس في التزام البنك هو بالشروط التي صدر بها الخطاب لا الشروط

١ صالح، عبد الرزاق محسن (٢٠١٤)، خطاب الضمان أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية، دون طبعة، بغداد: مكتبة الصباح، ص ٣٥.

٢ الجبر، محمد حسن (١٩٩٧)، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط ٢، الرياض: النشر العلمي والمطابع جامعة الملك سعود، ص ٣٢٤-٣٢٥ .

٣ العكيلي، عزيز (٢٠٠٢)، الأوراق التجارية وأعمال البنوك، ط ١، عمان: دار الثقافة و الدار العلمية الدولية للنشر، ص ٤٥٣.

المتفق عليها بين العميل والمستفيد أو بين العميل والبنك لأن كل علاقة مستقلة تماما عن الأخرى فعلاقة البنك بالمستفيد مستقلة عن علاقة العميل بالمستفيد وعن علاقة العميل بالبنك، وهذا ما يسمى (باستقلال التزام البنك) ويترتب عليها نتائج هي أن إلتزام البنك باتا لا رجوع عنه منذ وصوله إلى علم المستفيد ويلتزم البنك بدفع قيمة الخطاب عند أول مطالبة، كما ويعتبر البنك مدينا أصليا بقيمة الخطاب وليس وكيلًا أو نائبًا عن عميله، ولا حاجة للبنك بأخطار عميله قبل أن يدفع للمستفيد قيمة الخطاب إذا ما طالب بها أثناء سريان مدة خطاب الضمان، وأخيرا فإنه ليس للبنك أن يتمسك ضد المستفيد بدفع جائز له التمسك به في مواجهة العميل^(١).

ثالثا: غطاء خطاب الضمان.

لكي يطمئن البنك إلى إمكانية حصوله على مستحقاته المالية لدى العميل إذا ما قام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد، فإنه قد يطلب من العميل أن يقدم غطاء الضمان والذي يقصد به تلك الضمانات التي يحصل عليها البنك الذي يصدر خطاب الضمان من العميل، حيث يقوم العميل بإيداع مبلغ نقدي يساوي قيمة الخطاب لدى البنك مقابل قيامه بإصدار خطاب الضمان ويطلق على الغطاء في هذه الحالة (الغطاء الكامل) أما في حالة قيام العميل بإيداع جزء من قيمة الخطاب فيسمى في هذه الحالة (بالغطاء الجزئي)، كما قد يصدر البنك خطاب الضمان بدون أي غطاء مستندا إلى ثقته في العميل، ويكون غطاء خطاب الضمان أما غطاءا نقديا وهو أوضح صور الغطاء حيث يقدم العميل المبلغ المتفق عليه كغطاء للخطاب إلى خزينة البنك أو يقوم البنك بخصم قيمة الغطاء من حساب العميل لديه، أو يكون غطاء الخطاب عينيا وله العديد من الصور كأن يكون أوراقا مالية أو بضائع أو رهن العقار الذي يملكه العميل لصالح البنك^(٢).

رابعا: انقضاء خطاب الضمان.

ينقضي اثر التصرف القانوني كقاعدة عامة عن طريق تنفيذه، وهو الطريق الطبيعي لانقضاء كل إلتزام حيث يحصل الدائن على الشيء الذي إلتزم به المدين، وهو ما يعرف بالوفاء الذي ينقضي به الإلتزام والحق معاً، وهنا يترتب عليه الحكم نفسه وهو أن ينقضي الإلتزام والحق كما لو رضي الدائن بأن يحصل على شيء آخر غير محل الإلتزام الأصلي مثلاً، ويوصف هذا الطريق

^١ التلاحمه، خالد إبراهيم (٢٠١٢)، الوجيز في القانون التجاري، ط٢، عمان: دار وائل للنشر، ص ٣٦٩-٣٧٠.

^٢ محمد، سعد عبد (٢٠١٤)، مشروعية خطاب الضمان في المصارف الإسلامية حالة تطبيقية في العراق، مجلة بغداد للعلوم الاقتصادية، دون مجلد، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الخامس، ٢٨٥-٣٠٥، ص ٧.

بأحواله بأنه معادل للوفاء، وهناك طريق ثالث يؤدي إلى آثار التصرف دون تحقق الوفاء ولا بما يعادل الوفاء^(١). وهذا ما سيتناوله الباحث فيما يلي:

١- انقضاء خطاب الضمان بالوفاء: ويقصد بذلك القيام بدفع مبلغ الخطاب إلى المستفيد ويعد ذلك الطريق الطبيعي لانقضاء إلتزام البنك وزواله، وان محل الوفاء في خطاب الضمان هو المبلغ المثبت فيه، ويرتبط بمطالبة المستفيد ولا يجوز لكل طرف في خطاب الضمان أن ينفرد بتغيير محل الوفاء لأن إلتزام البنك يتحدد بالعبارات الواردة في خطاب الضمان حصراً ولا يجوز للمستفيد أن يطلب أكثر مما حدد في الخطاب ولا أن يوفي البنك بأقل مما يطلبه المستفيد طالما أن طلبه في حدود مبلغ الخطاب وخلال مدة سريانه، أما سبب الوفاء فهو وجود الإلتزام في ذمة البنك نتيجة إصداره لخطاب الضمان^(٢). وعلى البنك قبل الوفاء بقيمة الخطاب أن يتحقق من عدة أمور هامة منها أن طلب الوفاء وارد من المستفيد أو ممثله القانوني وخلال المدة المحددة بالخطاب، وان يتأكد من مبلغ الخطاب حيث أن على البنك عدم وفاء قيمة الخطاب إلا عند توفر الشروط المكتوبة في متن الخطاب، لان التحقق من الشروط الواردة في خطاب الضمان في غاية الأهمية بالنسبة للبنك لأن ذلك يمكن البنك من الرجوع على العميل بما دفعه للمستفيد من خطاب الضمان، كما ويجب أن ترد المطالبة إلى البنك بوفاء قيمة خطاب الضمان من قبل المستفيد خلال مدة سريان خطاب الضمان هذا في الخطابات المحددة المدة أما في حالة الخطابات غير محدد المدة فإنه يجوز أن ترد المطالبة بأي وقت طالما ظل إلتزام البنك قبل المستفيد قائماً، وهناك شرط آخر هو أن ترد المطالبة بوفاء قيمة خطاب الضمان إلى فرع البنك مصدر خطاب الضمان لأي فرع آخر أو المركز الرئيسي لإدارة البنك إلا إذا نص الخطاب على غير ذلك^(٣).

٢- انقضاء خطاب الضمان بما يعادل الوفاء: قد ينقضي اثر التصرف القانوني وتبرأ ذمة المدين مقابل قيامه بتقديم شيء آخر غير الشيء الذي بذمته بشرط قبول الدائن لهذا الشيء، وهذا ما يسمى (بالاعتياض) أو (الوفاء بمقابل)، فمن المتصور أن نكون مع حاله الاعتياض في حالة اتفاق البنك والمستفيد على أن يستلم المستفيد شيء آخر غير المبلغ النقدي المذكور في خطاب الضمان كما لو قام البنك بتقديم سندات أو أسهم تجارية ذات قيمة مالية أو سندات حكومية مدعومة بثقة تامة ذات

^١ العبدلي، آثار خطاب الضمان ، مرجع سابق ، ص ٩٥.

^٢ صالح، عبد الرزاق (٢٠١٤)، خطاب الضمان أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية، دون طبعة، بغداد : مكتبة دار الصباح للنشر والتوزيع، ص ٤٨ .

^٣ ابوصد، أحكام خطابات الضمان المصرفية، مرجع سابق، ص ١٣٠-١٣٣ .

سيولة كاملة للمستفيد وقبل الأخير استلامها عوضا عن استلام قيمة الخطاب نقدا^(١). وقد ينقضي خطاب الضمان بالمقاصة بين البنك والمستفيد فيما إذا كان للبنك دين على المستفيد وتوافرت شروط المقاصة؛ واختلف الفقه حول إمكانية قيام البنك بإجراء المقاصة إذا كان له دين في ذمة المستفيد وظهر في ذلك اتجاهان الاتجاه الأول^(٢): يرى أحقية البنك بالتمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد، في حين يرى الاتجاه الثاني^(٣): عدم إمكانية البنك بالتمسك بالمقاصة إذا كان له دين في ذمة المستفيد إلا أن تتحقق ملكية مبلغ خطاب الضمان لهذا الأخير لأن المبالغ التي يمثلها خطاب الضمان قبل أدائها للمستفيد تكون مملوكة للبنك وأن خطاب الضمان يمثل التزاما على عاتق البنك بدفع مبلغه للمستفيد عند الطلب فلا يجوز إجراء المقاصة بين مبالغ مملوكة للبنك مقابل حق للمستفيد حتى بعد مطالبة المستفيد لقيمة خطاب الضمان لأنها تفقد خصائصها كخطاب ضمان وتعود إلى طبيعتها الأصلية كتأمينات مقدمة من قبل العميل (الأمر) ليقضي المستفيد ما يستحقه منها ويرد الباقي منها إلى العميل وعليه فلا يجوز إجراء المقاصة^(٤). أما في حالة ما إذا ادخل مبلغ خطاب الضمان في حساب المستفيد لدى البنك مصدر خطاب الضمان بناء على طلب المستفيد، فإذا كان للمستفيد حساب جار لدى البنك وتم قيد مبلغ الخطاب في الجانب الدائن للمستفيد فان الدين الداخل في الحساب الجاري يعتبر قد جدد وبالتالي صار عنصرا في الحساب وخضع مع بقية مفردات الحساب للمقاصة^(٥).

ويتفق الباحث مع الرأي القائل بعدم جواز إجراء المقاصة فيما بين البنك مصدر خطاب الضمان والمستفيد في حالة وجود دين للبنك على المستفيد لان ذلك لا يتفق مع طبيعة خطاب الضمان وغايته الأساسية والتي هي قيام البنك بدفع قيمة الخطاب عند أول طلب لان قيمة الخطاب قبل مطالبة المستفيد بها لا تزال مملوكة للبنك ، أما في حال مطالبة المستفيد بقيمة الخطاب دخولها في حسابه فلا يوجد ما يمنع من إجراء المقاصة القانونية بين البنك والمستفيد.

^١ العبدلي، آثار خطاب الضمان، مرجع سابق، ص ١٢٣-١٢٥ .

^٢ إذا كان للبنك حق في مواجهة المستفيد ثم طالب المستفيد البنك بدفع قيمة الخطاب، أمكن أن تقع المقاصة القانونية إذا توافرت شروطها. رأي علم الدين، محي الدين إسماعيل (١٩٦٧)، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، دون طبعة، القاهرة: عالم الكتب، ص ٨٩.

^٣ للمزيد أنظر الجبر، محمد حسن (١٩٩٧)، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط٢، الرياض: النشر العلمي والمطابع جامعة الملك سعود، ص ٣٢٩.

^٤ صالح، خطاب الضمان أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق ص ٥٥ .

^٥ المرجع ذاته ص ٥٧.

٣- انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء أو ما يعادله : ينقضي التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان بغير الوفاء أو ما يعادله بأحد الأسباب الآتية وهي انقضاء المدة فإذا انقضت المدة المحددة في الخطاب دون أن يستعمل المستفيد حقه في المطالبة فإن التزام البنك ينتهي لان التزام البنك بدفع مبلغ معين إذا تمت المطالبة به خلال مدة معينة فإذا لم يستعمل المستفيد حقه في المطالبة فإن البنك يصبح في حل من التزامه^(١). وقد ينتهي خطاب الضمان بالتقادم أي مرور الزمن وذلك في خطابات الضمان غير محددة المدة ، ففيها ينقضي الالتزام بمرور مدة معينة يحددها القانون كان تكون سبع سنوات من تاريخ إصداره مثلاً^(٢).

وقد يقوم العميل بإعادة خطاب الضمان إلى البنك المصدر للخطاب قبل انتهاء مدته إذا انقضى الغرض الذي من أجله صدر خطاب الضمان، كما لو كان العميل قد أوفى بالتزاماته في علاقته بالمستفيد أو زالت الأسباب التي دعت إلى اقتضاء خطاب الضمان وقد يتلقى البنك خطاب الضمان من المستفيد مباشرة أو من العميل إذا كان الأخير قد تلقاه من المستفيد ليرده إلى البنك^(٣).

المطلب الثاني

الاعتماد المستندي وتمييزه عن خطاب الضمان

يمثل الاعتماد المستندي خدمة مصرفية ترتب آثار وعلاقة قانونية معينة تربط بين العميل وشخص آخر على نحو يرتضيه الطرفان، وتظهر أهمية الاعتماد المستندي بصورة جلية في عقود التجارة الدولية حيث يتواجد العميل في بلد معين والمتعاقد في بلد آخر ، ويخشى كل منهما من عدم قيام الآخر بتنفيذ التزاماته فإذا ما تدخل بنك عن طريق منح الاعتماد المستندي في سبيل تسهيل تلك الالتزامات يتحقق الأمان المطلوب لكلا الطرفين ويتجنبان بذلك إثارة المنازعات القانونية بينهما^(٤).

^١ النعيمي، آلاء يعقوب (٢٠١٠)، شرح قانون المعاملات التجارية الاتحادي العمليات المصرفية، دون طبعة، عمان: الأفاق المشرقة ناشرون، ص ٢٤٧.

^٢ عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مرجع سابق، ص ٤٣١.

^٣ المرجع ذاته، ص ٤٣٠ - ٤٣١.

^٤ دويدار، هاني محمد (١٩٩٤)، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دون طبعة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٢٣٦.

لذلك سوف نتناول دراسة الاعتماد المستندي من خلال تعريفه وبيان العلاقات الناشئة بين أطرافه وتميزه عن خطاب الضمان فيما يلي:

أولاً: تعريف الاعتماد المستندي.

يعرف الاعتماد المستندي بأنه عقد يتعهد البنك بمقتضاه (مصدر الاعتماد) بفتح اعتمادا بناء على طلب احد عملائه (الامر بفتح الاعتماد) لصالح شخص يسمى (المستفيد)، يتعهد فيه البنك بأن يدفع لهذا المستفيد مبلغا ماليا مقابل تقديم الأخير للمستندات المحددة الخطاب المرسل إليه والذي يسمى (خطاب الاعتماد)، خلال المدة المحددة فيه، ويعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقلا عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى البنك أجنبيا عن هذا العقد^(١).

يبرر اللجوء إلى فتح الاعتماد المستندي إلى قيام علاقة قانونية تربط بين شخصين نشأ في الغالب عن عقد بيع دولي بموجبها يتعين على البائع المتواجد في الخارج أن يقوم بتسليم البضاعة إلى المشتري داخل البلاد، كما يتعين على المشتري الوفاء بثمن البضاعة إلى المشتري داخل البلاد ولكي يطمئن طرفي العلاقة إلى تسليم البضاعة ودفع الثمن يلجأ المشتري إلى فتح الاعتماد المستندي لصالح البائع ويتم ذلك من خلال السماح بتدخل البنوك بتوفير الأمان اللازم لكلا الطرفين إذ يسمح ذلك بتنفيذ العقد المبرم بين الطرفين على نحو يجعل كلا منهما مطمئنا الى الحصول على حقوقه^(٢).

وتبدأ عملية الاعتماد المستندي بأن يصدر المشتري أمر إلى البنك بفتح اعتمادا بثمن البضاعة، ويحدد المشتري للبنك المستندات التي يجب على البائع إرسالها، وأهمها سند الشحن ووثيقة التأمين على البضاعة من ثم يقوم البنك بإرسال خطاب إلى البائع أما بصورة مباشرة أو عن طريق فرع للبنك في بلد البائع أو بنك مراسل ويخطر به البنك (المستفيد) بوجود مبلغ الاعتماد تحت تصرفه مقابل إرسال المستندات التي يطلبها المشتري، فيقوم البائع بإرسال المستندات أو تقديمها إلى الفرع أو البنك المرسل في بلده ويرفق بالمستندات كمبيالة مسحوبة على بنك المشتري تسمى هذه الكمبيالة (الكمبيالة المستندية) لأنها تكون مرفقة بالمستندات، وعندما تصل المستندات إلى البنك ويتأكد من مطابقتها للمستندات التي حددها المشتري ثم يقوم البنك بالوفاء بقيمة الكمبيالة عند

^١ خطاطبة، التزام البنك بفحص المستندات في عقد الاعتماد المستندي وفقا للأصول والأعراف الدولية الموحدة للأ اعتمادات المستندية لسنة ١٩٩٣ الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، مرجع سابق، ص ٦.

^٢ دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

المطالبة بها من قبل المستفيد، ويحتفظ البنك بالمستندات إلى أن يوفي المشتري بقيمة الاعتماد، وبوفاء المشتري تكون عملية الاعتماد المستندي قد انتهت.

ثانياً: العلاقات الناشئة بين أطراف الاعتماد المستندي .

الاعتماد المستندي عملية ثلاثية الأطراف مشابهة إلى حد ما خطاب الضمان لأنه يتطلب لتحقيقها المشتري الأمر والبنك و البائع المستفيد من الاعتماد المستندي وسوف نتطرق إلى هذه العلاقات كما يلي: .

١- علاقة الأمر بالبنك: وأساسها عقد فتح الاعتماد المستندي وترتب التزامات على عاتق طرفيه، حيث يلتزم البنك بفتح الاعتماد وتبليغ المستفيد بأن قيمة الاعتماد تحت تصرفه، وعندما يتلقى البنك المستندات التي يرسلها البائع يتوجب عليه (البنك) بمطابقتها للبيانات التي أدلى بها المشتري (طالب فتح الاعتماد) ويجب على البنك الوفاء بقيمة الاعتماد إلى البائع أو إلى البنك الذي قام بخصم الكمبيالة المستندية، أما بالنسبة للالتزامات المشتري الأمر فإنه يلتزم بالوفاء بقيمة الاعتماد عند مطالبة البنك بذلك، كما يجب عليه دفع العمولة والمصاريف للبنك لقاء قيامه بفتح الاعتماد^(١).

٢- علاقة البنك بالمستفيد: يكون البنك ملتزماً في مواجهة البائع (المستفيد) من الاعتماد المستندي بالوفاء بقيمة الكمبيالة المستندية، بشرط أن يقوم المستفيد بتنفيذ إلتزامه بإرسال المستندات المطلوبة، وعلاقة البنك بالمستفيد هي علاقة قائمة بذاتها ومستقلة عن عقد البيع المبرم بين المستفيد والأمر، وعقد الاعتماد المستندي الأمر والبنك حيث لا تتأثر علاقة البنك والمستفيد في وجودها وصحتها بوجود هذين العقدين وبالتالي لا يؤثر فسخها أو بطلانها على قيام علاقة البنك والمستفيد إلا في حالة الاعتماد المستندي القابل للإلغاء حيث يجوز للبنك الرجوع بإرادته المفردة، وتبدأ علاقة البنك والمستفيد بتوجيه خطاب الاعتماد إلى المستفيد والذي يعلمه فيه أن قيمة الاعتماد تحت تصرفه، ويذهب الرأي الراجح إلى عدم اشتراط قبول المستفيد لخطاب الاعتماد^(٢).

٣- علاقة المستفيد والأمر: إن علاقة الأمر والمستفيد علاقة سابقة ومستقلة عن عملية الاعتماد المستندي والذي يمثل أداة لتنفيذ عقد البيع المبرم بين المستفيد والأمر، وبعبارة أخرى يكون تنفيذ المستفيد لالتزاماته بإرسال المستندات إلى البنك وبذلك يكون قد وفى بالتزاماته اتجاه الأمر، ويكون

^١ العربي، محمد فريد و دويدار، هاني (٢٠٠٠)، مبادئ القانون التجاري والبحري، د ط، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٢٢٠.

^٢ دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٤٣-٢٤٤.

في تنفيذ البنك لالتزامه بدفع قيمة الكمبيالة المستندية براءة ذمة المشتري (الأمر) من الالتزام بدفع الثمن وبعد ذلك يبقى الطرفان المستفيد والأمر لكل منهما سبل الرجوع على بعضهما والتي يجيزها عقد البيع المبرم بينهما ولا يؤثر الاعتماد المستندي على حقهما بالرجوع^(١).

ثالثاً: التمييز بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي.

يتفق خطاب الضمان والاعتماد المستندي في إن إلزام البنك في كل منهما، التزام مستقل ومباشر عن العقد الأساسي بين البنك والعميل والمستفيد، أما الفرق الجوهرى بينهما فيكمن في طبيعة الواقعة التي تؤدي إلى استحقاق كل منهما، ففي الاعتماد المستندي يلتزم البنك بوفاء قيمة الاعتماد إذا قدم المستفيد المستندات المطلوبة وكانت تلك المستندات مطابقة لشروط الاعتماد، وحيث إن المستندات المطلوبة في الاعتماد المستندي هي مستندات الشحن التي تثبت إن البائع قد قام بعملية شحن البضاعة المطلوبة فإن الواقعة التي تجعل الاعتماد مستحقاً هي واقعة ايجابية وتنفيذ المستفيد للعقد الأساسي^(٢). أما في خطاب الضمان فإن البنك يلتزم بالوفاء أما بناء على طلب المستفيد، لأن من خصائص خطاب الضمان الأساسية هي الوفاء بالقيمة عند أول مطالبة من قبل المستفيد، أو بناء على طلب المستفيد بعد أن يقدم مستندات تفيد بإخلال العميل ببعض التزاماته بموجب العقد الأساسي لذا فإن الواقعة التي تجعل البنك ملزماً بالوفاء هي واقعة سلبية تفيد بعدم تنفيذ العميل لالتزاماته^(٣). بالإضافة إلى ما تقدم فإنه توجد فروق أخرى بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي فالغالب في الاعتمادات المستندية إنها تستخدم في عمليات البيوع الدولية، في حين أن خطابات الضمان تكون مجالات استخدامها متعددة وكثير ويصعب حصرها^(٤).

^١ دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٤٣-٢٤٤.

^٢ الزيادات، احمد (٢٠١٢)، الاعتماد المستندي وخطاب الضمان، بحث قانوني موثق على شبكة قانوني الأردن: www.lawjo.net/vp/showthread.php . تأريخ الدخول ٢٠١٥/٦/٣٠.

^٣ العموش، إبراهيم و زيادات، احمد (١٩٩٦)، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية، ط ١، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، ص ٣٦٥ .

^٤ لمزيد من الفروق انظر المرجع ذاته، ص ٣٦٥ .

الفصل الأول

حالات رجوع البنك على العميل الأمر والمستفيد من خطاب الضمان

عرّف خطاب الضمان بأنه إحدى العمليات الائتمانية التي تقوم بها البنوك وينشئ بمجرد توقيع البنك، حيث أن هذا التوقيع يرتب للمستفيد المزايا التي يحقها دفع مبلغ من النقود له من خزانة البنك دون أن يلتزم البنك بالدفع الفعلي مستنداً إلى سمعته ومركزه المالي^(١)، ولأن خطاب الضمان هو في الواقع تعهد بات ونهائي من قبل البنك بدفع المبلغ المحدد إلى شخص المستفيد بناء على طلب عميل البنك، من هذا التعريف الموجز لخطاب الضمان يتبين لنا أنه توجد ثلاثة علاقات ناتجة عن الخطاب هي علاقة العميل الأمر بالبنك وعلاقة الأمر بالمستفيد وعلاقة البنك بالمستفيد وإن ما يهمننا في هذا المقام هي علاقة البنك بالمستفيد من خطاب الضمان ومدى إمكانية رجوع البنك على المستفيد بما دفع.

هنا لابد من التوضيح إلى أنه متى يكون البنك ملتزماً بموجب خطاب الضمان، فقد ذهب الرأي الراجح إلى أن البنك يلتزم بموجب خطاب الضمان من تأريخ وصوله إلى علم المستفيد وقبوله له ويلتزم البنك بدفع قيمة الخطاب عند أول مطالبة من قبل المستفيد، والأصل أن البنك بعدما يقوم بعملية الوفاء بقيمة خطاب الضمان بعد مطالبة المستفيد بالوفاء فإنه أي (البنك) يكون له الحق بالرجوع على طالب الضمان، بشرط أن تكون عملية الوفاء قد تمت بموجب الشروط الواردة في خطاب الضمان وأثناء مدة سريانه، حيث أن النصوص التشريعية في القوانين التي نظمت خطابات الضمان ومن بينها القانون التجاري العراقي قد أقرت الحق للبنك في الرجوع على العميل طالب الضمان^(٢).

إن رجوع البنك على العميل الأمر طالب الضمان يعد الوضع الطبيعي، وإن رجوعه على المستفيد يعد الاستثناء على المبدأ العام ولا يأخذ به إلا بأضييق الحدود، إلا أن أغلب قوانين التجارة لم تنظم عميلة رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان وإنما ترك الأمر إلى الفقه القانوني

^١ القليوبي، سميحة (١٩٧٣)، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، دون طبعة، القاهرة: الشركة المصرية للطباعة والنشر، ص ١.

^٢ للمزيد انظر المادة ٢٨٧ من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

وبعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية اليونسسترال الدولية^(١) التي بينت حالة وجود غش من المستفيد من خطاب الضمان المصرفي.

لذلك سيقسم الباحث هذا الفصل إلى مبحثين يتناول في المبحث الأول المبدأ العام في رجوع البنك بقيمة خطاب الضمان في حالة قيامه بالدفع إلى المستفيد (تسييل الخطاب) بموجب الشروط الواردة في خطاب الضمان، أي رجوعه على العميل الأمر من خلال المطلب الأول، وسيتناول الباحث من خلال المطلب الثاني الأساس القانوني للالتزام البنك اتجاه المستفيد وذلك من اجل معرفة الطبيعة القانونية للالتزام البنك.

أما في المبحث الثاني فسوف نتناول الاستثناء على المبدأ العام وهي عملية الرجوع المتعلقة بالمستفيد أي رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان المصرفي لأنه في الأصل أن المستفيد في خطاب الضمان لا يكون ملتزماً بشيء اتجاه البنك مصدر خطاب الضمان، إلا من خلال القواعد العامة الواردة في التشريعات المدنية كحالة الغش من المستفيد (قاعدة الغش يفسد كل شيء) وسيتم ذلك من خلال المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فسوف نتناول حالات أخرى غير الغش من المستفيد من خطاب الضمان كأن تكون إرادة البنك معيبة عند الدفع للمستفيد، أو أن تكون مطالبة المستفيد قد جاءت مخالفة لأحد شروط الخطاب الصادر من البنك.

المبحث الأول

رجوع البنك على العميل الأمر والأساس القانوني للالتزامه

إن محور التزام البنك مصدر خطاب الضمان اتجاه المستفيد هو دفع مبلغ معين من النقود بمجرد طلب المستفيد ذلك خلال المدة المحددة في الخطاب، وقلنا فيما سبق أن الوضع الطبيعي هو أن يرجع البنك بما دفع على العميل الأمر ويكون ذلك بموجب عقد فتح الاعتماد المبرم بين العميل والبنك وسوف نبحت من خلال هذا المبحث عملية رجوع البنك على العميل الأمر من خلال المطلب أول والأساس القانوني للالتزام البنك من خلال المطلب الثاني.

^١ ينظر في ذلك: ص، ٤٨-٥٠ من الرسالة .

المطلب الأول

رجوع البنك على العميل الأمر

البنك إذ يقوم بعملية إصدار خطاب الضمان لصالح دائن عميله (المستفيد) فإنه لا يضمن به حسن تنفيذ العميل لالتزامه أمام دائنه، حيث انه لا يراقب هذا التنفيذ ولا يتعهد بدلا عن العميل بتنفيذ التزام هذا الأخير ولا بسداد ما عليه من دين، و إلا كان تدخل البنك مجرد كفاله منه طبقا لإحكام الكفالة المدنية، بل يقوم البنك بإعطاء تعهد مجرد ومنفصل عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد فهو أي البنك يلتزم بدفع المبلغ المحدد في الخطاب آيا كانت مديونية العميل اتجاه المستفيد^(١).

إن عملية إصدار خطابات الضمان تعد من الأعمال التجارية لأن عملية إصدار خطاب الضمان من قبل البنك لا تعد من قبيل التبرع على الإطلاق، لذلك يكون للبنك الحق في الرجوع على عميله طالب خطاب الضمان بقيمة ما دفع وكذلك يلتزم العميل بدفع العمولة والمصاريف التي تحملها البنك في سبيل عملية إصدار خطاب الضمان والأساس في تحديد سعر العمولة التي يتقاضاها البنك غالبا ما تأخذ صفة لائحة معدة من قبل البنك وتحسب هذه العمولة على أساس مدة خطاب الضمان والمخاطر المحتملة^(٢).

عملية إصدار خطاب الضمان ذات مراحل ثلاثة أو ثلاثة عقود، الأولى هي عقد الأساس فيما بين المستفيد والعميل والذي يرتب على عاتق العميل التزامات منها تقديم تامين نقدي أو خطاب ضمان بناء على طلب المستفيد ضمانا لتنفيذ الالتزام الذي ترتب على عاتق العميل كأثر للعقد المبرم بينه وبين المستفيد، والمرحلة الثانية هي عقد الاعتماد المالي بالضمان الذي يبرمه العميل مع البنك (التسهيلات غير المباشرة) والالتزام البنك يكون عن طريق إعارة التوقيع بإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد الذي عينه العميل، أما المرحلة الثالثة والأخيرة من مراحل إصدار خطاب الضمان هي عقد خطاب الضمان ويبرمه البنك مع المستفيد ويكون ذلك عندما يوجه له هذا الخطاب

^١ عوض، جمال الدين (١٩٨٢)، الوجيز في القانون التجاري العقود التجارية عمليات البنوك، الإفلاس الأوراق التجارية، دون طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٤٧٤-٤٧٥ .

^٢ علم الدين، محي الدين إسماعيل (١٩٦٧)، خطابات الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، دون طبعة، القاهرة: عالم الكتب، ص ٥٦.

متضمنا التزامه بأن يدفع له مبلغا معينا فيه خلال مدة محددة إذا طلب المستفيد ذلك^(١)، من هنا يتبين لنا أن عملية إصدار خطاب الضمان هي عملية مركبة ومتداخلة وما يعيننا هنا هي عملية رجوع البنك على العميل طالب الخطاب التي تكون مبنية على أساس العقد المبرم بين العميل والبنك (عقد الاعتماد بالضمان) بموجب الشروط التي يتم الاتفاق عليها ومن أهم أساسيات هذا العقد هي التزام البنك بإصدار خطاب الضمان لصالح دائن العميل (المستفيد) بالشروط التي يحددها العميل والالتزام العميل بمقابل ذلك بدفع العمولة والمصاريف التي يتحملها البنك مصدر الخطاب ويلتزم العميل أيضا برد قيمة ما دفعه البنك إلى المستفيد إذا طلب من البنك دفع قيمة الخطاب خلال مدة سريانه ويجب لكي يرجع البنك على العميل أن يكون البنك قد التزم بتعليمات العميل حصرا، وكما قلنا سابقا أن البنك في أغلب الأحيان قد يطلب من العميل طالب إصدار الخطاب غطاء معين يقدمه للبنك لكي يقوم هذا الغطاء بمثابة تأمين مقابل قيام البنك بإصدار خطاب الضمان ويكون هذا الغطاء على صور متعددة فقد يكون غطاء نقديا أو غطاءا عينيا؛ إن التساؤل الذي يطرح في هذا المقام انه إذا قام البنك بدفع قيمة الخطاب للمستفيد بناء على طلبه هل يكون للبنك الحق في الرجوع على هذا الغطاء المقدم من قبل العميل لاستيفاء حقه؟.

إن الالتزام بتقديم غطاء لخطاب الضمان هو في الحقيقة التزام متبادل فيما بين العميل والبنك فمن ناحيه، يلتزم العميل بتقديم هذا الغطاء للبنك لكي يقبل الأخير بإصدار خطاب الضمان، ومن ناحية أخرى يكون على البنك إعادة غطاء خطاب الضمان للعميل إذا لم يطلب المستفيد قيمة الخطاب، وسوف نأتي بإيجاز على بيان أنواع غطاء خطاب الضمان ورجوع البنك على هذا الغطاء في حالة دفع قيمة الخطاب للمستفيد.

إن غطاء خطاب الضمان هو الضمان الذي يقدمه العميل للبنك عند الاتفاق على فتح الاعتماد بالضمان، ويكون الغطاء على صور متعددة ابتداء من سمعة العميل وثقة البنك به وهو ما يسمى (بالغطاء المعنوي) أي الثقة التي يتمتع بها العميل لدى البنك و بموجبها يصرح العميل للبنك أن يتقاضى مقابل خطاب الضمان إذا تم دفعه للمستفيد من أية أموال تعود له سواء من حساب لديه، أو بخصم الأوراق التجارية أو بتقديم بوليصة تأمين صادرة من إحدى شركات التأمين تضمن بموجبها العميل، أو أن يكون الغطاء المعنوي معتمدا على ثقة البنك بالعمل وملاءته حيث يصدر البنك الخطاب على المكشوف دون أي تصريح ولكن قد ينطوي منح الخطاب على المكشوف على بعض

^١ الكيلاني، محمود (٢٠٠٢)، خطابات الضمان الفقه التشريعي القضاء العرف المصرفي، مجلة البنوك في الأردن، ٢(٢١)، ٩١٩-٩٢٣، عمان: جمعية البنوك في الأردن، ص ٧١.

المخاطر في حالة قيام البنك بدفع قيمة الخطاب للمستفيد ويرجع على العميل الأمر ولا يجد ما ينفذ عليه لاستيفاء قيمة الخطاب المدفوعة، أما بالنسبة للغطاء العيني فيتمثل بتقديم أوراق مالية أو صكوك أو بضائع مع الأخذ بعين الاعتبار قيمتها السوقية ويكون قبولها أما برهنها لدى البنك أو بالتصريح ببيعها لدى الاقتضاء، والأوراق المالية مثل الصكوك ذات القيمة النقدية كسندات الاستثمار وإسناد الدين العام التي يصدرها البنك المركزي أو مؤسسات الدولة، أما الأوراق التجارية كالكمبيالة والشيك فتقبل كغطاء لخطاب الضمان إذا كانت لصالح العميل ويقوم بتظهيرها تأمينيا وقد يطلب البنك تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية أو تظهيراً توكيلياً والغاية من ذلك أنه يقوم بمطالبة المدين بقيمتها عند حلول أجلها ويتحمل نتائج تراخيه في المطالبة وفي كل الأحوال أما أن يضع ما يحصل عليه في حساب العميل إذا كانت مظهرة تظهيراً توكيلياً أو تأمينياً، أما ما يتم تحصيله من مقابل إذا كانت الأوراق التجارية مظهرة تظهيراً ناقلاً للملكية فيدخل في حساب البنك، وبمثل هذه الحالة يكون البنك قد منح العميل تسهيلات من جوانب متعددة منها إصدار الكفالات وخطابات الضمان وخضم الأوراق التجارية، وقد يكون غطاء خطاب الضمان المستندات التي تمثل بضاعة مشحونة من الخارج ذلك أن تلك الأوراق تكون قابلة للتداول بطريق التظهير ويجوز التنازل عنها، وأخيراً يمكن أن يكون غطاء خطاب الضمان نقدياً وهو أبسط صور الغطاء ويتمثل في قيام العميل بتقديم مبلغ من النقود يساوي قيمة خطاب الضمان ونفقاته بحيث يبقى هذا المبلغ على شكل ودیعة يتم الإفراج عنها بانقضاء مدة الخطاب، وقد يصدر الخطاب بغطاء نقدي جزئي يمثل نسبة مئوية من قيمة خطاب الضمان الكلي حتى لا يتعطل الغرض من اللجوء إلى طلب إصدار خطابات الضمان وهو الاحتفاظ بالسيولة النقدية تحت يد العميل لكي يستطيع تنفيذ التزاماته بسهولة ويسر^(١).

هنا نرجع للإجابة على التساؤل المطروح سابقاً أنه هل يمكن للبنك الرجوع على الغطاء المقدم من قبل العميل لاستيفاء ما دفع للمستفيد بموجب خطاب الضمان ؟ .

إن التزام العميل بتقديم غطاء لخطاب الضمان يتيح للبنك إلى جانب تأمين عملية منح الاعتماد بالضمان أن يحصل البنك على ما يدفعه للمستفيد أو على الأقل جزء لا بأس به من المبلغ المدفوع^(٢).

^١ الكيلاني، محمود (١٩٩٢)، عمليات البنوك الجزء الثاني الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، ط١، عمان: دار الحبيب للنشر والتوزيع، ص ٢٤٢-٢٤٨، ص ٣.

^٢ علم الدين، خطاب الضمان والأساس القانوني للالتزام البنك، مرجع سابق، ص ٥٦ .

نأتي الآن إلى موقف التشريعات من عملية رجوع البنك على العميل الأمر بما دفع للمستفيد من قيمة خطاب الضمان، فبالنسبة لقانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ لم يأت على ذكر خطابات الضمان ذلك أن المشرع عند وضع قانون التجارة لم يكن قد وضع أمامه عملية مصرفية كالتالي يطلق عليها اليوم خطابات الضمان^(١).

ولكنه في الحقيقة أن خطابات الضمان موجودة في العمل المصرفي في الأردن وتخضع للشروط التي يتم الاتفاق عليها بين العميل والبنك، وبالنسبة لحالة رجوع البنك على العميل الأمر بما دفع للمستفيد يمكن أن تقاس على المادة ١٢١ من قانون التجارة الأردني والخاصة بالاعتماد المصرفي^(٢). والتي نصت في فقرتها الثانية على ما يلي " ويحق للمصرف أن يسترد المبالغ التي دفعها أو المصاريف التي أنفقها لإنفاذ ما وكل به مع الفائدة المتفق عليها أو الفائدة القانونية إن لم يكن اتفاق ابتداء من يوم الدفع".

أما بالنسبة للتشريع التجاري في العراق فعند قيام البنك بوفاء مبلغ خطاب الضمان للمستفيد فإن التزام البنك ينقضي في مواجهة الأخير إلا أنه في الوقت ذاته يكسب البنك حقا في مواجهة الأمر مقابل وفاء البنك لمبلغ الخطاب إلى المستفيد حيث يلتزم الأمر بذلك بموجب عقد إصدار خطاب الضمان المبرم بينه وبين البنك بأن يدفع له أي مبلغ يدفعه للمستفيد بموجب الخطاب إضافة إلى العمولة والمصروفات الأخرى حيث نصت المادة ٢٩٢ من قانون التجارة العراقي على ما يلي " إذا أوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي أوفاه " وتأسيسا على هذا النص فإن البنك أو (المصرف) كما جاء في نص المادة (٢٩٢) لا يكون دائنا إلا إذا كان قد أوفى للمستفيد مبلغ خطاب الضمان وأنه طبقا للنص المذكور لا يجوز للبنك مطالبة العميل الأمر بمبلغ الخطاب إلا إذا اثبت المصرف أنه قام بالوفاء بصورة فعلية أما قبل مطالبة المستفيد وقبل قيام البنك بالوفاء فلا يجوز للبنك مطالبة الأمر بمبلغ الخطاب^(٣).

^١ الكيلاني، عمليات البنوك الجزء الثاني الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، مرجع سابق، ص ١٧٤.

^٢ المادة ١٢١ من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.

^٣ العبدلي، أثار خطاب الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ١١٢-١١٤.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لالتزام البنك

من الأهمية بمكان تحديد الأساس القانوني لالتزام البنك بموجب خطاب الضمان لأن ذلك بالنهاية يؤدي إلى وضع الحلول المناسبة التي تعترض في مجال التعامل به، وهنا يلاحظ أن الآراء والتحليلات القانونية المطروحة قد اختلفت في تحديد أساس إلزام البنك بموجب خطاب الضمان^(١). وبرز في ذلك اتجاهين يتمحور الاتجاه الأول حول نظرية العقد أما الاتجاه الثاني فإنه يدور في مجال الإرادة المنفردة للبنك مصدر خطاب الضمان^(٢). وهنا ينبغي التطرق إلى هذه النظريات والآراء لبيان الأساس القانوني لالتزام البنك مصدر الخطاب وتحديد هذا الأساس يساهم في تسهيل عملية رجوع البنك بما دفع من قيمة الخطاب سواء على العميل الأمر أو المستفيد منه أو حتى إمكانية تمسك البنك بالامتناع عن الأداء للمستفيد في حالات معينة وسيتم ذلك من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول

تحديد الأساس القانوني لالتزام البنك على أساس نظرية العقد

قبلت بعض النظريات في تحديد الأساس القانوني لالتزام البنك بموجب خطاب الضمان، بالاستناد إلى نظرية العقد، فذهب رأي إلى تأسيس التزام البنك على أساس نظرية الكفالة، وذهب رأي آخر على أساس نظرية الإنابة الناقصة، بينما ذهب رأي ثالث لتحديد الأساس القانوني على أساس الاشتراط لمصلحة الغير وسوف نأتي إلى بيانها.

أولاً: تأسيس التزام البنك على أساس نظرية الكفالة:

الكفالة عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يضمن شخص آخر بتنفيذ إلزامه وذلك بأن يتعهد للدائن بأن يفي للدائن إذا لم يفي به المدين نفسه وتقوم هذه الكفالة على أساس تبعية التزام الكفيل لالتزام المكفول من حيث صحتها ووجودها وبطلانها وعدمها، ولهذا كان للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل ما يترتب عليه انقضاء الدين الأصلي أو انقضاء مقدار منه أو تنازل المدين^(٣).

^١ درجت التشريعات التجارية في العراق على إطلاق تسمية (مصرف) بدلا من مصطلح (بنك) .

^٢ العبد لي، آثار خطاب الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ٣٣.

^٣ عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص ٩٧٠ - ٩٧١ .

أن عقد الكفالة بوجه عام هو عقد ملزم لجانب واحد^(١). أي لا يلزم إلا الكفيل ذلك أن الدائن في العقد الأصلي لا يلتزم بشيء في مواجهة الكفيل وإن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام أصلي يقع على عاتق المدين وهذا الالتزام الأصلي هو الذي يقصد الكفيل ضمان الوفاء به، ويترتب على كون التزام الكفيل التزاما تبعيا أن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين لأن التزام الكفيل يلي إلتزم المدين الأصلي، كما يترتب على ذلك أن التزام الكفيل يتحدد في مضمونه ومقداره تبعا لالتزام المدين فلا يصح أن يكون بمبلغ أكبر أو بشروط أشد ولكن يجوز أن يكون بمبلغ أقل وبشروط أخف كما أن الكفيل يستطيع أن يتمسك بالدفع التي للمدين الأصلي فإذا كان الإلتزام الأصلي باطلا بطل إلتزم الكفيل تبعا لذلك، وإذا كان معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل فأن التزام الكفيل يتصف بذلك^(٢).

أما بالنسبة لخطابات الضمان وإن كانت تتفق مع الكفالة بكونها تحتوي على أطراف ثلاثة إلا أن التزام البنك في خطاب الضمان وهو التزاما أصليا محددًا بموجب الخطاب بدفع مبلغ من النقود عند أول مطالبة، وإن الدائن (المستفيد) في خطاب الضمان يستطيع الرجوع بصورة مباشرة على البنك مصدر الخطاب، كما أن هناك مبدأ مهم يحكم عملية إصدار الخطاب إلا وهو مبدأ استقلال التزام البنك عن العلاقات بين العميل الأمر والمستفيد من الخطاب ويترتب على ذلك إن البنك لا يستطيع أن يتمسك اتجاه المستفيد بالدفع التي للعميل اتجاه المستفيد من خطاب الضمان .

أما بالنسبة لخطابات الضمان في التشريع الأردني فقد درج إطلاق تسمية الكفالات المصرفية على عملية إصدار خطابات الضمان. فهل أن ذلك يعني أنها تخضع لأحكام عقد الكفالة، للإجابة على ذلك لابد من الرجوع إلى بعض أحكام الكفالة في التشريع المدني .

وأول هذه الأحكام والخصائص أن عقد الكفالة يعد من عقود التبرع أي غلبت صفة التبرع على هذا العقد وذلك عند اشتراط المشرع في المادة ٩٥٢ من القانون المدني الأردني بأن يكون المدين

^١ هناك رأي يرى أن عقد الكفالة ملزم لجانبين، لأنه يقع على عاتق الدائن إلتزام بإجراء المطالبة في الوقت المناسب وإلا كان مسؤولا عن تعويض الكفيل عما يصيبه من ضرر وتبرا ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر، راجع سليمان مرقص (١٩٥٩)، عقد الكفالة، مشار إليه في القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، مرجع سابق، هامش رقم ٣، ص ٤٤ .

^٢ القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، مرجع سابق، ص ٤٤-٤٥ .

أهلا للتبرع لانعقاد الكفالة^(١). وهذا يتعارض مع أعمال البنوك في عملية إصدار خطابات الضمان لان عملها دائما عمل تجاري وعلى سبيل المعاوضة وليس من أعمال التبرع^(٢). كما أن من أهم الخصائص التي تميز عقد الكفالة في القانون المدني الأردني انه عقد تابع للالتزام أصلي يقع على عاتق المدين وهذا الالتزام الأصلي هو الذي يقصد المدين الالتزام به، ويترتب على ذلك أن المدين (البنك) يستطيع التمسك بالدفع التي للمدين الأصلي، كما لايجوز أن يكون التزام الكفيل بموجب عقد الكفالة اشد من التزام المدين الأصلي^(٣). وبذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بقرارها " تختلف الكفالة العادية عن خطاب الضمان في أن التزام الكفيل أمام الدائن تابع للالتزام المكفول فلا يلتزم الكفيل بالوفاء إلا إذا ثبتت مديونية المكفول، وللکفيل أن يدفع دعوى الدائن بأي دفع يحق للمدين دفع الدعوى به، فهو التزام تابع يدور معه وجودا وعدما وحجة وبطلانا وفي مقداره واستحقاقه،...."^(٤). وهذا الأمر يتعارض مع مبدأ استقلال التزام البنك، حيث أن البنك عندما يلتزم بموجب خطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلا اتجاه المستفيد بالمبلغ المحدد في الخطاب والذي قد يكون اقل أو أكثر من الدين الأصلي في عقد الأساس بين العميل والمستفيد^(٥).

ويذهب احد الفقه إلى إن تسمية خطابات الضمان في الأردن بأنها كفالات مصرفية تسمية غير دقيقة، لأن لخطابات الضمان المصرفية ما يميزها عن الكفالات حيث ورد في قرار لمحكمة التمييز أن الأردنية مايلي " خطاب الضمان المصرفي هو تعهد نهائي يصدره البنك بناء على طلب من عميله بدفع مبلغ نقدي للمستفيد فور طلبه خلال مده محدده، وهو التزام منقطع الصلة بالالتزام المكفول، لأنه ينشئ علاقة مباشرة بين البنك والمستفيد لا صلة لها من الناحية القانونية بين البنك والمكفول أو بين المكفول والمستفيد من خطاب الضمان"^(٦).

^١ القلاب، محمد هلال (٢٠٠١)، أحكام عقد الاعتماد المالي في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، المفرق: جامعة آل البيت، ص ٢٢.

^٢ تنص المادة (٦) الفقرة ١/ د/ من قانون التجارة الأردني على مايلي: "١- تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمال تجارية برية / د/ أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة"

^٣ القلاب، أحكام عقد الاعتماد المالي في التشريع الأردني، مرجع سابق، ص ٥٧.

^٤ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (٩٦/١٥٢٢) مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٩٧، ص ٣٥١٣.

^٥ ذهب رأي إلى اعتبار خطاب الضمان كفالة من نوع خاص. الكيلاني(٢٠٠٢)، خطابات الضمان. الفقه. التشريع. القضاء. العرف المصرفي، مرجع سابق، ص ٧٢.

^٦ تمييز حقوق ٩٨/٢٠٧٧، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩٩، ص ٣٧٩٥.

ومن الملاحظ توجه المحاكم في الأردن في الوقت الحاضر باستخدام لفظ (خطابات الضمان) للدلالة على صورة من صور الكفالة المصرفية ويستدل على ذلك من خلال توجه القضاء في مناقشة العلاقة القانونية بين مصدر الخطاب والمستفيد بعيدا عن علاقة الأول (البنك) بعميله^(١).

وهذا ما قرره المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي، أي أن الثابت في ذمة الكفيل هو المطالبة لا الدين نفسه، ولما كان عقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل و المكفول له (الدائن) فإن طرفي عقد الكفالة هما الكفيل والدائن في حين أن خطاب الضمان حسب المادة (٢٩٦) من قانون التجارة العراقي هو تعهد يصدره البنك نتيجة لعقد إصدار خطاب الضمان المبرم بينه وبين العميل، أما المستفيد فليس طرفا في هذا العقد رغم انه يستمد حقه من خطاب الضمان بمجرد وصوله إلى علمه وعدم الاعتراض عليه^(٢).

وكذلك ما نصت عليه المادة (٢٩٠) من قانون التجارة العراقي من عدم الجواز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد، وهذا يتعارض مع ما تم عرضه سابقا من ناحية كون الكفالة تابعة للالتزام المدين الأصلي وكذلك إمكانية تمسك الكفيل (البنك) بالدفع التي للمدين اتجاه الدائن (المستفيد)^(٣).

وأخيرا فإن نظرية الكفالة لا يمكن الأخذ بها في ضوء أحكام القانون العراقي لتفسير أساس التزام البنك اتجاه المستفيد بموجب خطاب الضمان لأن عمل المصرف في عملية إصدار خطاب الضمان هو عمل تجاري دائما، وان المادة (١٠١٦) من القانون المدني العراقي نصت على أن " كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية حتى ولو كان الكفيل تاجرا " ^(٤).

ويذهب الباحث إلى تأييد ماتم عرضه سابقا في عدم اعتبار خطاب الضمان نوع من أنواع الكفالة وذلك للاختلاف الواضح بين أحكام كل من الكفالة وخطاب الضمان، وذلك لان خطابات الضمان تعتبر صيغة من صيغ التعاملات المصرفية ونشأت من خلال الحاجة إليها في تسهيل

^١ جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية مايلي " إذا كانت الكفالات التي طلب وكيل المدعين وقف صرفها ليست كفالات عادية، وإنما هي خطابات ضمان غير معلقة على شرط وتستحق الأداء. وبعد الاطلاع فيكون ادعاء المميز بأن هذه الكفالات هي كفالات عادية خاضعة لإحكام الكفالة المنصوص عليها في القانون المدني ادعاء لا يستند إلى أساس قانوني سليم" تمييز حقوق ٨٩/١٠٦٠، مجلة نقابة المحامين، السنة ٣٩، ص ١٣٧٩.

^٢ العبد لي، آثار خطابات الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ٤٢.

^٣ المرجع ذاته، ص ٤٤.

^٤ المرجع ذاته، ص ٤٤.

أعمال التجارة الداخلية أو الدولية، لما تحققه من إيجابيات تبدو واضحة من خلال تسهيل عمليات التعاقد بين الأطراف كون عملية إصدار خطابات الضمان تمثل في حقيقتها بديلا ناجحا عن التأمين النقدي العيني.

وان كان هناك رأي في الفقه يقول انه من الممكن اعتبار خطابات الضمان نوع من أنواع الكفالات التي تصدرها البنوك ضمانا لعملائها، إذا تم الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة إلى أن يكون دور البنك ضامنا إلى جانب العميل الأمر بتنفيذ الالتزام الذي التزم به إذا لم يقم هو شخصيا بتنفيذه حيث انه في هذه الحالة يمكن أن يكون خطاب الضمان كفالة بسبب تضامن البنك مع المدين في تنفيذ الالتزام^(١).

ثانيا: تأسيس التزام البنك على أساس نظرية الإنابة الناقصة :

بداية لابد من عرض نظرية الإنابة الناقصة والتي هي في الأصل اتفاق ثلاثي يتلخص في قيام المدين بتقديم مدين جديد إلى دائنه للوفاء بدينه، يحل محله ويتقضي التزامه فتكون هنا إنابة كاملة أو ينظم إليه في المديونية ويصبح للدائن مدينان فنكون أمام إنابة ناقصة، والقائلون بفكرة الإنابة الناقصة في خطاب الضمان يعللون ذلك بأن المدين في العقد الأساسي يلتزم بتقديم تأمين نقدي للدائن (المستفيد)، وبدلا من تقديم هذا التأمين النقدي الذي يحرم المتعاقد من جزء من السيولة النقدية التي تحت يده يقوم بالاتفاق مع دائنه على أن يقدم له ضمانا لهذا التأمين مدينا آخر يلتزم بوفاء هذا الدين إلى جانبه، فإذا ارتضى الدائن هذا المدين الثاني (البنك) انعقد لهما عقد مقتضاه أن يلتزم البنك الضامن قبل الدائن التزاما أصليا ومباشرا ومستقلا عن التزام المدين وهذه هي الإنابة الناقصة^(٢).

إذاً أن عملية الإنابة الناقصة أن يقوم المدين بتقديم بديلا عن التأمين النقدي عبارة عن مدين آخر يلتزم بمقدار هذا التأمين النقدي، وتنشئ الإنابة الناقصة بين العميل والبنك والمستفيد علاقات مترابطة وأول هذه العلاقات هي علاقة المنيب (العميل) والمناب لديه (المستفيد) حيث يبقى الأول مدينا للثاني لا تبرأ ذمته إلا إذا وفى بالالتزام الذي في ذمته للمناب لديه أو إذا وفى المناب (البنك) بهذا الالتزام، وثاني هذه العلاقات هي علاقة المنيب (العميل) بالمناب (البنك) ومن آثارها انه إذا

^١ الكيلاني، محمود(٢٠٠٢)، التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان وعدم جواز الحجز على خطاب الضمان، مجلة البنوك في الأردن، ٤(٢١)، ٩٣٥٨-٩٣٦٦، ص ٣٦.

^٢ علم الدين، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، مرجع سابق، ص ١٤٩ .

وفى البنك للمستفيد فأن له الرجوع على العميل المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب حسب مقتضى الحال، وآخر هذه العلاقات هي العلاقة بين المناب لديه (المستفيد) والمناب (البنك) ومن آثاره انه يصبح للدائن المستفيد مدينان المدين الأصلي المنيب والمدين الجديد وهو المناب البنك^(١).

ويترتب على اعتبار العلاقة الناشئة عن خطاب الضمان إنابة ناقصة عدد من النتائج أهمها انه يبقى العميل مدينا للمستفيد إلى جانب مديونية البنك للمستفيد فإذا قام احدهما بالوفاء برئت ذمته وذمة الآخر من الدين، وأن للمستفيد أن يرجع على العميل أو البنك دون الإلتزام بترتيب معين وإن التزام البنك المناب التزام مجرد لا يتأثر بالدين الذي يكون في ذمة العميل المنيب أي انه إذا كان تعاقداً البنك مع عميله باطلاً لم يؤثر ذلك على التزام البنك قبل المستفيد الذي يبقى مع ذلك صحيحاً ومنتجاً لآثاره، ولكن رغم ذلك يستطيع البنك أن يدفع في مواجهة المستفيد بكافة الدفعات التي يستطيع العميل أن يدفع بها لأن محل الإلتزامين واحداً، وانه لا يوجد تضامن بين البنك والعميل في المديونية لان مصدر دين كل منهما مستقل عن مصدر دين الآخر فمصدر دين العميل المنيب هو الإلتزام الأصلي مع المستفيد ومصدر دين المناب البنك هو عقد الإنابة، وأخيراً أن شرطي الدفع عند أول مطالبة ورغم معارضة العميل صحيحان إذ أن العقد ليس كفالة بل هما شرطان طبيعيان يعتبران نتيجة منطقية وحتمية لإنابة البنك في الوفاء إلى المناب لديه (المستفيد)^(٢).

أما بالنسبة للتشريع المدني الأردني فإنه لم يتعرض للإنابة الناقصة في الوفاء إلا أن بعض الفقهاء يرون انه لا ضير في ذلك لاستغراق أحكام حوالة الدين في الفقه الإسلامي، لإحكام الإنابة في الوفاء^(٣).

أما بالنسبة للتشريع المدني العراقي فقد عالج الإنابة الناقصة في المادة ٤٠٥ من القانون المدني والتي قررت أنها تصرف بمقتضاه يطلب المدين من الدائن أن يرضى بتقديم شخص ثالث للإلتزام نحوه فإذا رضي الدائن بالإنابة وابرأ ذمة مدينه الأصلي فهي إنابة كاملة وإذا لم يبرئ ذمة مدينه القديم فنكون أمام إنابة ناقصة لأنه ضم ذمة مدينه القديم إلى ذمة مدينه الجديد^(٤).

١ الكيلاني، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، مرجع سابق، ص ٢٠٣ .

٢ علم الدين، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، مرجع سابق، ص ١٥٠ - ١٥١ .

٣ القلاب، أحكام عقد الاعتماد المالي، مرجع سابق، ص ٦٠ .

٤ العبدلي، آثار خطابات الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ٣٦ .

وطبقا لذلك لا تبرأ ذمة المدين ويصبح للدائن (المستفيد من خطاب الضمان) مدينان فيرجع على المدين الأصلي بدعوى الدين القديم ويرجع على المدين الجديد (البنك) بدعوى الدين الجديد، ولا يلتزم بالرجوع على احدهما قبل الآخر ولا يكون المنيب والمناب متضامنين لاختلاف مصدر الدينين فإذا أوفى البنك انقضى الدين الجديد وانقضى معه دين العميل طالب إصدار خطاب الضمان^(١).

ودين المناب للمناب لديه الناشئ عن الإنابة يعد التزاما مجردا لا يتأثر بالدين بين المنيب والمناب وهذا قرره المادة ٤٠٧ من القانون المدني العراقي^(٢).

من هنا يتبين أن إسناد التزام البنك وفقا لنظرية الإنابة الناقصة محل نظر وذلك لأنه في خطاب الضمان والذي يصدره البنك نتيجة لعقد إصدار خطاب الضمان المبرم بينه وبين العميل حيث انه لا وجود لإرادة المستفيد في هذا العقد كما لا يترتب على تعهد البنك بموجب خطاب الضمان إضافة لالتزامه إلى جانب التزام عميله المدين كما هو الحال في الإنابة الناقصة وذلك لاستقلال كل من الدينين عن الآخر، فالبنك يبقى الملتزم الوحيد اتجاه المستفيد بمضمون خطاب الضمان طيلة مدة سريانه وعلى المستفيد عندما يريد إقتضاء حقه بموجب خطاب الضمان عليه أن يتجه إلى البنك مصدر الخطاب لا إلى العميل وليس له حرية الاختيار بالمطالبة بين العميل أو البنك يضاف إلى ذلك أن التزام البنك بموجب خطاب الضمان هو التزام مجرد من كافة الدفعات المتعلقة بعلاقات أطراف خطاب الضمان^(٣).

يضاف إلى ذلك استبعاد المقاصة بين دين البنك على المستفيد والتزامه في مواجهة البنك في خطاب الضمان^(٤). في حين أن ذلك ممكنا مع نظرية الإنابة لأن المنيب دائن عادي للمناب لديه ويكون له الحق في المقاصة القانونية الجبرية^(٥).

^١ الذنون، حسن علي (١٩٥٢)، شرح القانون المدني – أحكام الالتزام، د ط ، بغداد، مطبعة المعارف، ص ٣٥٤.

^٢ الحكيم، عبد المجيد (١٩٧٧)، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج ٢، ط ٥، بغداد: دار الحرية، ص ٤٤٥.

^٣ صالح، خطاب الضمان أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ٢٩.

^٤ يمكن إجراء المقاصة استنادا إلى بعض الآراء الفقهية في حالة قيام المستفيد بالمطالبة بقيمة الخطاب وأوفى المصرف ودخلت قيمة الخطاب في حساب المستفيد لدى البنك. الجبر (١٩٩٧)، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

^٥ الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ، مرجع سابق، ص ٤٤٣.

ويرى الباحث استنادا إلى ما سبق عرضه أن فكرة الإنابة الناقصة لا تصلح لتفسير الأساس القانوني للالتزام البنك المستفيد بموجب خطاب الضمان المصرفي، مما دعا إلى البحث على أساس آخر لبيان ذلك الأساس القانوني للالتزام البنك وإن كانت أقرب إلى بيان ذلك الأساس من فكرة الكفالة، لذا سوف نقوم بعرض نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لبيان مدى صلاحيتها لتأسيس التزام البنك اتجاه المستفيد بموجب خطاب الضمان المصرفي.

ثالثا: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير:

الاشتراط لمصلحة الغير هو أن يشترط احد طرفي العقد (المشترط) على الآخر وهو (المتعهد) بأن يلتزم الأخير قبل شخص ثالث أجنبي عن التعاقد ويسمى (المنتفع) فيتولد لذلك الأجنبي حق مباشر يستطيع بمقتضاه المطالبة بالشيء المتعهد به^(١).

ولكي يوجد اشتراطا لمصلحة الغير يجب أن تتوفر ثلاثة شروط والتي هي باختصار أن يكون المنتفع أجنبيا عن العقد، وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة إذ أن المشترط لا ينوب عن المنتفع، وكذلك يشترط في عقد الاشتراط لمصلحة الغير أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى إعطاء المنتفع حقا مباشرا، وهذا الحق المباشر هو العنصر المميز لعقد الاشتراط لمصلحة الغير ويكسب الأجنبي هذا الحق من ذات عقد الاشتراط دون أي عقد آخر، وأخيرا يجب أن تكون هناك مصلحة مادية أو أدبية للمشترط^(٢).

ويترتب على ذلك أن توجد ثلاث علاقات بموجب عقد الاشتراط لمصلحة الغير، وأول هذه العلاقات هي العلاقة بين المشترط والمتعهد ويحكمها عقد الاشتراط لمصلحة الغير بينهما فإذا كان إلزام المشترط دفع مبلغ من النقود أو أقساط معينة لمدة معينة وجب عليه تنفيذها، كما يلتزم المتعهد بإفادة الأجنبي الذي عينه المشترط وبالشروط التي تم الاتفاق عليها بالعقد ويستطيع كل منهما أن يدفع في مواجهة الآخر بالدفع التي تستند إلى هذا العقد، أما العلاقة الثانية فهي العلاقة بين المشترط والمنتفع وهذه العلاقة قائمة وحقيقية رغم إنها ليست ظاهرة وبالنسبة لما يكسبه المنتفع فقد يكون على سبيل التبرع أو المعاوضة فإذا كان على سبيل التبرع وجب أن تستوفي الهيئة لشروطها الموضوعية، أما إذا كان الإشتراط على سبيل المعاوضة كما في حالة وفاء دين

^١ القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير ، مرجع سابق، ص

على المشترك فأن موقف المشترك من المنتفع تحدده العلاقة القائمة بينهما، وآخر هذه العلاقات هي العلاقة بين المتعهد والمنتفع وتعد من أهم العلاقات التي تترتب على عملية الاشتراط لمصلحة الغير لأنها توضح مدى الخروج على قاعدة نسبية اثر العقود حيث أن المنتفع يكسب من عقد الاشتراط حقا شخصيا مباشرا، ويترتب عليه أن الحق يترتب له من وقت العقد وليس من وقت إعلان موافقته^(١).

أما بالنسبة لتأسيس التزام البنك على أساس الاشتراط لمصلحة الغير فيعتمد على قيام العميل بالاشتراط على البنك بدفع مبلغ معين من النقود للمستفيد، ويقول أنصار هذه النظرية انه طبقا للأحكام العامة في القانون فإنه يوجد ثلاثة أشخاص يرتبط اثنان منهم بعقد ويشترط احدهما لشخص ثالث أجنبي عن العقد يكون مستفيدا، ويرى القائلون بذلك أن وجود ثلاثة أشخاص في عملية خطاب الضمان أحدهما أجنبي عن العقد المبرم فيما بين الإثنين الآخرين وانصراف نية احد أطراف هذا العقد لإعطاء الأجنبي حقا مباشرا كعنصر مميز في عقد الاشتراط لمصلحة الغير بالإضافة إلى مصلحة المشترك كأثر من آثار العقد الذي ينتج حقا لشخص ثالث أجنبي عنه، يجعل تكييف العلاقة فيما بين أطراف عملية خطاب الضمان على أنها اشتراط لمصلحة الغير أمرا موافقا للقانون، وكذلك حاول أنصار هذه النظرية تجريد علاقة البنك بالمستفيد من آثار العلاقة فيما بين البنك والأمر على أساس أن الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير هو حق المتعهد (البنك) في التمسك بالدفع الناتجة عن عقد الاشتراط في مواجهة المستفيد^(٢).

أما بالنسبة للاشتراط لمصلحة الغير في القانون المدني الأردني فقد نص عليها المشرع في المواد (٢١٠-٢١٢) من القانون المدني وقد كانت هذه المعالجة على ضوء آخر ما توصل إليه الفقه والقضاء، في نصوص مشابهة أو قريبة لما ورد في بعض التشريعات العربية مثل التشريع المدني المصري والسوري^(٣). واعتبر المشرع الأردني الاشتراط لمصلحة الغير نظاما قائما ومستقلا بذاته^(٤).

^١ الفليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير ، مرجع سابق، ص ٧٥-٧٦.

^٢ الكيلاني، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، مرجع سابق، ص ٢٠٥ .

^٣ للمزيد أنظر المواد ١٥٤-١٥٦، من القانون المدني المصري والمواد ١٥٥-١٥٧، من القانون المدني السوري.

^٤ القلاب، أحكام عقد الاعتماد المالي في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، مرجع سابق ، ص ٨٥ .

أما بالنسبة للتشريع المدني العراقي فهو أيضا نظم الاشتراط لمصلحة الغير في المواد (١٥١-١٥٤) والتي اعتبر أن الاشتراط لمصلحة الغير عمل قانوني يتم ما بين شخصين ولكن تنفيذه يمتد أو يتعلق بثلاثة أشخاص هم المشتراط والمتعهد والمنتفع، وهو خروج على قاعدة نسبية اثر العقود^(١). إن التساؤل المهم في هذا المقام انه هل يمكن لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير في ضوء النصوص والمعالجات الواردة في القانونين المدني الأردني والعراقي أن تكون صالحة لتفسير الأساس القانوني للالتزام البنك بموجب خطاب الضمان؟^(٢).

وكما قلنا سابقا ان شروط الاشتراط لمصلحة الغير هي أن يتعاقد المشتراط باسمه الخاص لا باسم المنتفع أي دون ان يدخل المنتفع طرفا في العقد وان تنصرف إرادة المتعاقدين إلى إعطاء المنتفع حقا مباشرا وهو العنصر المميز لعقد الاشتراط لمصلحة الغير، حيث يكسب المنتفع الأجنبي هذا الحق من العقد دون أي عقد آخر، وان يكون للمشتراط مصلحة مادية أو أدبية من وراء هذا الاشتراط . وتظهر أهمية ذلك من خلال رقابة المشتراط على تنفيذ المتعهد للالتزامه قبل المنتفع حيث يجوز للمنتفع فسخ العقد إذا اخل المتعهد طبقا للقواعد العامة أو مطالبته بالتنفيذ الجبري، وبتطبيق ذلك على خطاب الضمان نجد أن المنتفع يستمد حقه من عقد الاشتراط لمصلحة الغير، في حين أن المستفيد من خطاب الضمان يستمد حقه من خطاب الضمان نفسه، إضافة إلى أن الفقرة الأولى من المادة ٢١١ من القانون المدني الأردني والفقرة الأولى من المادة ١٥٣ من القانون المدني العراقي أجازت للمشتراط (العميل) أن ينقض المشارطة في أي وقت يشاء طالما لم يعلن المنتفع (المستفيد) للمتعهد (البنك) أو للمشتراط رغبته في الاستفادة من هذا الاشتراط، في حين أن خطاب الضمان ينشئ التزاما بذمة البنك ليس للعميل بمفرده المساس بهذا الالتزام حتى ولو كان الخطاب لم يصل بعد إلى المستفيد وإنما يعود للبنك إلغاؤه فقط، وكذلك يوجه إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير من نقد بما ورد بنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ من القانون المدني الأردني وتقابلها الفقرة الثانية من المادة ١٥٢ القانون المدني العراقي التي تخول المتعهد (البنك) أن يتمسك قبل الغير (المستفيد) بالدفع التي تنشأ عن عقد الاشتراط لمصلحة الغير باعتبار أن حق المنتفع وبيان مداه يرجع إلى هذا العقد في حين أن التزام البنك قبل المستفيد بموجب خطاب الضمان مستقل عن علاقة البنك بالعميل التي ينظمها عقد إصدار خطاب الضمان أو علاقة الأمر بالمستفيد^(٣). مما تقدم يرى الباحث أن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لا يمكن أن تكون أساسا

^١ العبد لي، آثار خطابات الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ٣٩.

^٢ أنظر المواد (٢١٠-٢١٢) من القانون المدني الأردني والمواد (١٥١-١٥٤) من القانون المدني العراقي .

^٣ العبد لي، آثار خطابات الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية، المرجع سابق، ص ٤١ .

لتفسير التزام البنك مصدر خطاب الضمان اتجاه المستفيد على الرغم من إنها الأقرب إلى خصوصية المركز القانوني للبنك مقدم الضمان .

الفرع الثاني

إرادة البنك المنفردة تكفي لتأسيس التزامه بموجب خطاب الضمان

نظرية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام نظرية ظهرت حديثاً، ومقتضى هذه النظرية تم تأسيسها على مبدأ سلطان الإرادة ما يلزم به الشخص نفسه، ويفرق القائلون بهذه النظرية بين نشأة الحق واكتسابه على أساس أن نشأة الحق تتم بإرادة المدين وحدها، أما كسب الحق فيتم بقبول الدائن وأنه لا يوجد ضرر من إنشاء الحق بإرادة واحدة قبل قبول الدائن طالما أن هذا لا يلزمه بشيء ويذهب أنصار نظرية الإرادة المنفردة في دفاعهم عنها أنه إذا كان الشخص لا يلتزم بإرادته المنفردة فإنه لا يلتزم بإرادة غيره، وإن الحاجة العملية تفرض تبرير الالتزام بالإرادة المنفردة^(١). وانقسمت الآراء في مدى اعتبار الإرادة المنفردة أساساً للالتزام البنك اتجاه المستفيد من خطاب الضمان المصرفي إلى جانبين جانب يرى أن إرادة البنك المنفردة تكون كافية لتأسيس التزام البنك قبل المستفيد ولهم بذلك حججهم وذلك على التفصيل الآتي.

حيث يلاحظ أن العلاقة بين الأمر والبنك ما تمت إلا لضمان العلاقة بين الأمر والمستفيد، فالضمان الصادر من البنك تأميناً للالتزامات الناشئة من عقد بيع أو مقولة، وإن خطاب الضمان الموجه للمستفيد يحل محل ودیعة النقد (التأمين النقدي) التي كان يشترطها المشتري أو رب العمل^(٢). لضمان تنفيذ المقاول أو البائع للالتزامات ومتى تمت العلاقة في العقد الأساسي والتي هي بين الأمر والمستفيد والعلاقة الثانية والتي هي بين الأمر والبنك فإن الضمان لا ينشأ فوراً بمعنى أن المستفيد لا ينشأ له حق مباشر ضد البنك لمجرد إبرام العقد بين الأمر والبنك لأن هذا العقد مقصور على عاقدیه، وإنما نشأ حق المستفيد من تعبير البنك عن إرادته في ذلك وهذا التعبير

^١ الكيلاني، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، المرجع سابق، ص ٢٠٦-٢٠٧ .

^٢ يرى الباحث أن عبارة (صاحب العمل) تكون أفضل من عبارة (رب العمل). وفي ذلك نصت المادة (٢) من قانون العمل الأردني وتعديلاته رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ المنشور في الجريدة الرسمية على الصفحة رقم ١١٧٣ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤١١٣ في ١٦/٤/١٩٩٦ على مايلي "صاحب العمل كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم بأي صفة كانت شخصاً أو أكثر مقابل اجر" وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني الأردني لاحظ على سبيل المثال المادة (٨٠٥) من القانون المدني .

عن الإرادة ليس له شكل خاص وان كان يشترط أن يكون مكتوبا في خطاب الضمان لأن هذا الخطاب هو الذي يتضمن شروط الضمان جميعها^(١).

وعليه فإن الالتزام في خطاب الضمان لا ينتج عن إرادتين بل عن إرادة مصدر الخطاب (البنك) الذي لا يستطيع التذرع بأي سبب لتحلل من إلتزامه الذي أفرغه في الخطاب الذي وجه للمستفيد^(٢).

وقال أنصار نظرية الإرادة المنفردة إنها اقرب ما تكون إلى التوافق والانسجام لتأسيس التزام البنك مصدر خطاب الضمان لأنها تبني الإلتزام على إرادة البنك المنفردة وهو ما يتحقق به إلتزام البنك اتجاه المستفيد وانه إذا صح للإرادة المنفردة العدول عن الإلتزام بحله أو التحلل منه ، فهو أمر مقبول أمام مسؤولية من صدرت عنه الإرادة عن تعويض الضرر الذي لحق بالمستفيد لأن الحق الذي نشأ للمستفيد بعد إعلان البنك لإرادته المنفردة بدفع مبلغ معين في خطاب الضمان لا ينتقص بإعلان البنك رجوعه عما رتبته تلك الإرادة لأنه إن فعل فإنه يلتزم بالتعويض كما أن التزام البنك بإرادته المنفردة يجعل من التزامه التزاما أصيلا لا بصفته نائبا عن عميله ويترتب على ذلك استقلال التزام البنك عن أي التزام سبقه أو علاقة أخرى قد تثير دفوعا فيما بين أطرافها كعلاقة البنك بالعميل أو علاقة العميل بالمستفيد^(٣).

وهناك جانب من الفقه قال بعدم إمكانية نظرية الإرادة المنفردة على تفسير الأساس القانوني على تفسير الأساس القانوني لالتزام البنك اتجاه المستفيد من خطاب الضمان وأول هذه الحجج انه في الوقت الذي ينشئ فيه خطاب الضمان حقا للمستفيد ، فإنه ينشئ إلتزاما على عاتق العميل قبل البنك بتغطية خطاب الضمان ودفع العمولة أو دفع ما قد يتحمله البنك في حالة دفع قيمة الخطاب للمستفيد في حالة مطالبة الأخير، والمعروف أن الإلتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة إنما تقع على عاتق صاحب الإرادة وحده وليس من المنطق القانوني ما يسمح بأن ينشئ الشخص بإرادته المنفردة إلتزاما على عاتق غيره، ويلزم كذلك لإكتمال التصرف القانوني بإرادة منفردة أن يكون صادرا عن أرادة صاحبه وحده دون أن يتوقف على مساهمة احد غيره وأن الأمر في خطاب الضمان صادر بإرادة البنك المنفردة ولكن هذه الإرادة ليست وحدها التي تتحكم في إنشاء الخطاب

^١ عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مرجع سابق، ص ٦١ - ٦٥.

^٢ الكيلاني، محمود (١٩٩٢)، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

^٣ المرجع ذاته، ص ٢٠٧-٢٠٨.

بل هي إرادة موجهة لتلقي إرادة أخرى هي إرادة العميل لتصب في مصلحة المستفيد، أي أن إرادة البنك، لا تستطيع أن تنشئ لصالح دائن شخص (عميل البنك) خطاب دون أن يتقدم هذا العميل بطلب إصدار مثل هذا الخطاب، أي أن البنك لا يفعل ذلك من تلقاء نفسه وعلى سبيل التبرع لأنه أن فعل سوف يفقد حقه بالرجوع على العميل بما دفع يضاف إلى ذلك أن عملية تمديد خطاب الضمان لا تتم من قبل البنك بمجرد الطلب من قبل المستفيد بل يستوجب أن يوافق العميل أو يرخص للبنك مد أجل الخطاب وإلا كان البنك مسؤولاً عن تصرفه بمد أجل الخطاب^(١).

أما بالنسبة لنظرية الإرادة المنفردة في القانون الأردني فقد اخذ بنظرية إعلان القبول بمعنى أنه في القانون الأردني بمجرد إعلان ذلك القبول من قبل البنك ينعقد العقد دون حاجة إلى وصوله إلى علم المستفيد، مما يترتب على ذلك أنه يكفي في خطاب التعهد أن يقيد البنك في سجلاته إلى قبوله بإصدار خطاب الضمان فينعقد العقد بينه وبين العميل ثم يقوم بإصدار خطاب الضمان بإرادته المنفردة^(٢).

وأما المشرع العراقي فقد اعتبر الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام في الأحوال التي ينص عليها القانون حيث نصت المادة ١٨٤ من القانون المدني على ما يأتي " ١- لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك. ٢- ويسري عليها ما يسري على العقد من أحكام إلا ما تعلق منها لضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام " يستفاد من ذلك أنه ليس ضرورياً أن يكون موجوداً في القانون المدني فقد يكون موجوداً في القوانين الأخرى حيث تتكفل هذه النصوص بتعيين أركان الالتزام وبيان أحكامه^(٣). وإن تأسيس التزام البنك على الإرادة المنفردة نجد له أساساً في القضاء العراقي ففي قرار لمحكمة التمييز جاء فيه " أن المقصود بخطاب الضمان أن البنك يتعهد بالدفع إلى شخص أو جهة معينة لدى أول طلب يصله منها في مدة سريان الضمان وبالرغم من أية معارضة من عميله فهو تعهد نهائي يصدر عن البنك بناءً على طلب الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد إن يطلب العميل منه ذلك، ولا يجوز معه للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو الأمر بالمستفيد والالتزام البنك

^١ علم الدين، خطاب الضمان والأساس القانوني للالتزام البنك، مرجع سابق، ص ١٦٧ - ١٧١ .

^٢ القلاب، أحكام عقد الاعتماد المالي في التشريع الأردني، مرجع سابق، ص ٨٢.

^٣ العبدلي، آثار خطابات الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ٤٧ .

موضوع الدعوى هو التزام أصلي مباشر منفصل عن التزام العميل فهو يشبه إلتزام البنك في مواجهة البائع من عملية الاعتماد المستندي^(١).

وكذلك يجد هذا التأسيس سنده في التشريع العراقي من خلال ما قرره المادة ٢٩٠ من قانون التجارة والتي نصت على ما يأتي " لايجوز للمصرف إن يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالأمر أو المستفيد أو علاقة الأمر بالمستفيد " أي أن التزام البنك مستقل تماما عن علاقة البنك بالعميل والتي ينظمها عقد إصدار خطاب الضمان وعن علاقة الأمر بالمستفيد التي ينظمها عقد الأساس يتضح مما تقدم أن الإرادة المنفردة يمكن أن تفسر الأساس القانوني لالتزام البنك من ناحية كونه التزاما أصيلا و مجردا عن كل العلاقات التي يمكن أن تكونها عملية خطاب الضمان وقطعيا أي دون قيد أو شرط وبالرغم من أية معارضة من العميل^(٢).

هذا من جانب ولكن هناك جانب آخر يرى إن الإرادة المنفردة لا يمكن إن تكون أساسا لتفسير التزام البنك في خطاب الضمان، وذلك لأن البنك لا يصدر الخطاب من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب العميل وإن العميل هو الذي يحدد في الطلب مدى الالتزام الذي سيقع على عاتق البنك نتيجة إصداره للخطاب من حيث المبلغ والمدة والمستفيد الذي سيلتزم البنك اتجاهه، ويضاف إلى ذلك إن الخطاب عندما ينشئ حقا للمستفيد فهو ينشئ بالمقابل التزامات على عاتق العميل تجاه البنك بدفع العمولة وتقديم غطاء لخطاب الضمان، وكذلك يلتزم العميل بأن يدفع للبنك قيمة الخطاب في حال دفعها الأخير للبنك^(٣).

هذا ويذهب الباحث إلى تأييد الرأي القائل بعدم إمكانية الإرادة المنفردة بتفسير الأساس القانوني لالتزام البنك بموجب خطاب الضمان، وذلك لان الإرادة المنفردة تجد تطبيقاتها على الأغلب في أعمال التبرع وإن عمل البنوك لايقوم على هذا المبدأ مطلقا وبتاتا، وكذلك إن الإرادة المنفردة للبنك لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تلزم العميل الأمر بأي التزام، فإذا كانت الإرادة المنفردة ممكن أن تلزم البنك اتجاه المستفيد فأنها بأي حال من الأحوال لا يمكن لها أن تلزم العميل الأمر.

هذا وإنه يوجد في الفقه آراء أخرى أخذت على عاتقها عملية تفسير الأساس القانوني لالتزام البنك نظرا لما واجهته النظريات السابقة من نقاط ضعف وقصور تعذر معها إسناد طبيعة التزام

١ قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٥٣٤ / ح / ١٩٦٧ في ١٩٦٨/٤/٢٠، مجلة القضاء، العدد الثاني، ص ١٤٠.

٢ العبد لي، آثار خطابات الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ٥١.

٣ صالح، خطاب الضمان أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ٣١.

المصرف تجاه المستفيد بموجب خطاب الضمان ومن هذه الآراء الفقهية هو أن خطاب الضمان ذو طبيعة خاصة لا يمكن أن يندرج تحت أي نظرية أو شكل مما هو معروف في القانون المدني، وحينما قنن المشرع أحكام العرف المصرفي المطبقة في خطابات الضمان أصبح مصدر هذه القواعد والأحكام هو النص الذي ورد فيه وهو الذي ينظم العلاقات التي تتضمنها خطابات الضمان وترتب آثارها، ويكون المرجع في تقرير أساس هذه القواعد والالتزامات هو القانون مباشرة حيث أن القانون يعتبر مصدرا من مصادر الالتزام^(١).

هذا ويرى الباحث أن تأسيس التزام البنك على أساس أن المشرع قام بتنظيم الأعراف المصرفية على شكل نصوص قانونية، ورد أساس الالتزام إلى هذه النصوص باعتبار أن القانون مصدرا مهما من مصادر الالتزام ممكنا في القوانين التي نظمت أحكام خطابات الضمان في قوانين التجارة الخاصة كالقانون التجاري العراقي، أما بالنسبة لقوانين التجارة التي لم تنظم أحكام خطابات الضمان بنصوص تشريعية كقانون التجارة الأردني، فإنه والحالة هذه أن يفسر الأساس القانوني لالتزام البنك أما على أساس الأعراف المصرفية المطبقة في عمليات إصدار خطابات الضمان، باعتبار أن العرف هو أيضا يعد مصدرا من مصادر القانون، أو من خلال التوفيق بين النظريات التي قيلت بشأن تحديد الأساس القانوني لالتزام البنك، أو باعتبار أن عملية إصدار خطابات الضمان نظاما قانونيا قائما بذاته، قام على أساس الحاجة أفعليه التي دعت إليه لتسهيل الأعمال التجارية الدولية أو الداخلية، باعتباره بديلا عن التأمين النقدي .

المبحث الثاني

رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان المصرفي

تم التطرق سابقا إلى أن رجوع البنك على العميل الأمر بما دفع من قيمة خطاب الضمان بناء على مطالبة المستفيد يعد الأمر الطبيعي، ويجد ذلك الرجوع أساسه في العقد المبرم بين العميل والبنك (عقد فتح الاعتماد) وقد يكون الرجوع على الغطاء المقدم من قبل العميل إذ أن البنك في الغالب الأعم لا يرضى منح الاعتماد بالضمان بدون غطاء نقدي أو عيني، ولكن قد لايسطيع البنك من الرجوع على العميل الأمر بما دفع من قيمة الخطاب في حالة مخالفة البنك للشروط والتعليمات الصادرة له من قبل العميل، وقد يفسر الرجوع كما يرى الباحث تفسيراً ضيقاً وذلك بالامتناع أي امتناع البنك من الاستجابة لمطالبة المستفيد بدفع قيمة الخطاب، هذا الامتناع عن الدفع للمستفيد

^١ صالح، خطاب الضمان أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ٣٣.

يمثل خرقاً واضحاً لمبدأ أساسي من المبادئ التي يقوم عليها خطاب الضمان وهو استقلال التزام البنك عن العلاقات الأخرى بين العميل والمستفيد، لكن إذا وجد ما يستدعي أو يبرر للبنك عدم الاستجابة لطلب المستفيد من أجل حماية عميله من تعسف المستفيد أو إذا انطوت هذه المطالبة على غش من المستفيد. وسوف يقوم الباحث بتقسيم المبحث إلى المطلبين الآتيين: المطلب الأول سيتطرق إلى الغش والتعسف الظاهر من قبل المستفيد في خطابات الضمان، والمطلب الثاني سيتطرق لحالات أخرى للرجوع من قبل البنك على المستفيد.

المطلب الأول

الغش والتعسف الظاهر من المستفيد

يُميز الفقهاء في القوانين المدنية بين الغش والتدليس، ويذهبون إلى أن التدليس يعني الحيل والطرق المستعملة من قبل أحد المتعاقدين ضد الآخر عند تكوين العقد وإنشائه، أما الغش فلا علاقة له بإنشاء العقد فقد يقع خارج إطار التعاقد وقد يقع عند تنفيذ العقد، والغش عبارة عن حيل وخداع تستخدم للإضرار بغير المتعاقد أي أن الغش هو نية الإضرار^(١).

أما التعسف في استخدام الحق فله عدة معايير، فذهب البعض إلى أن المعيار في التعسف إنما هو نية الإضرار التي صاحبت التصرف أو دفعت إليه وذهب آخرون إلى إن المعيار هو انعدام المصلحة المشروعة لصاحب الحق عند ممارسته لحقه، وذهب رأي ثالث إلى أن المعيار مادي أساسه الاستعمال غير العادي للحق، أي الاستعمال الذي يتنافى مع الغرض الاجتماعي والاقتصادي بغض النظر عن نية صاحب الحق^(٢).

^١ الحكيم، عبد المجيد (دون سنة)، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، ج ١، دون طبعة، بغداد:

المكتبة القانونية، ص ١٥٤ .

^٢ المرجع ذاته، ص ٥١٦ .

الفرع الأول

الغش والتعسف الظاهر في خطابات الضمان

أما بالنسبة للغش والتعسف في المطالبة بقيمة خطابات الضمان المصرفية والذي يمثل استثناءاً على مبدأ مهم من المبادئ التي يتأسس عليها خطاب الضمان وهو مبدأ استقلال التزام البنك اتجاه المستفيد، ويمثل الغش من قبل المستفيد الاستعانة بطرق احتيالية للمطالبة بقيمة خطاب الضمان، أو قد يفسر الغش تفسير أوسع ليشمل كل مطالبة مقترنة بسوء نية من قبل المستفيد.

وقد عالج المشرع العراقي خطابات الضمان بموجب نصوص القانون التجاري ولم تتم الإشارة إلى مسألة الغش أو التعسف من المستفيد أو التدابير القضائية الواجب إتباعها في حالة الغش أو التعسف من قبل المستفيد^(١). لذا كان للفقهاء وبعض الاتفاقيات الدولية وكذلك بعض الأحكام القضائية في فرنسا دوراً مهماً في بيان الغش من المستفيد في خطابات الضمان وهنا سوف يتطرق الباحث إلى أهم هذه الآراء والأحكام التي قيلت في هذا الموضوع على الرغم أن هذه الدراسة ليست مقارنة مع القانون الفرنسي.

إن الأمر في مجال الاعتمادات المستندية يجد الغش تطبيقه في مجال محدد وهو المستندات المقدمة من قبل المستفيد إذا كانت تحتوي على معلومات غير صحيحة أو مزورة، لكن الأمر في مجال خطابات الضمان مازال غير محدد المعالم والرأي غير مستقر سواء بالنسبة للفقهاء أو القضاة بخصوص التصرف الصادر عن المستفيد لإعتباره غشاً أو تعسفاً في المطالبة يتيح للبنك بالإمتناع عن وفاء قيمة الضمان^(٢).

والغش كما يصدر من المدين الذي يمتنع عمداً عن تنفيذ التزامه فكذلك يصدر من الدائن المستفيد الذي يطالب عمداً بما ليس له، في حال لجأ إلى الخديعة والاحتيال في المطالبة

ولم يجد الباحث تعريفاً للغش في القضاء في العراق أو في الأردن في خطابات الضمان يعرض إلا أن الأمر مختلف بالنسبة للقضاء في فرنسا حيث نجد هناك أكثر من حكم لمحكمة النقض الفرنسية تناولت الغش تارة والتعسف بالمطالبة في خطابات الضمان المصرفية تارة أخرى، ففي

^١ مصطفى، حمدي محمد (٢٠١٢)، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥ دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، دون مجلد (٥٠)، ٢١-١٢٩، ص ٣٠.

^٢ سيد مصطفى، عادل إبراهيم (١٩٩٨)، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، دون طبعة، القاهرة : دار النهضة العربية، ص ١٠٨.

حكم لمحكمة النقض الفرنسية في ٢١ مايو ١٩٨٥ قررت أن مبدأ استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس مطلق بمعنى انه إذا وفى الأمر بجميع التزاماته الناشئة عن عقد الأساس لا يعفى البنك من وفاء التزامه المطلق في الخطاب، وان إساءة استعمال الحق في المطالبة بقيمة الخطاب وان كانت ظاهرة يجب استبعادها، وان إثبات الغش وحده هو الذي يعطل تنفيذ خطاب الضمان، وقد كان هذا الإثبات مستحيلا من الناحية العملية لان الغش كان يفترض مخالفة عقد الأساس وكان هذا الحكم يقرر أن استقلال عقد الأساس يمنع كل إحالة إليه والبحث فيه^(١).

ويفترض الغش أن يكون طلب الوفاء الصادر من المستفيد متعلق بخطاب ضمان صحيح ونافذ فيخرج من حالات الغش الحالات التي ترجع إلى عيوب صيغة الخطاب ذاتها، فالحق لا يكون موجودا أصلا^(٢). أو حالة الضمان قد انتهت صلاحيته أو لم يبدأ بالسريان أو الضمان الباطل لعيوب فيه لمخالفته النظام العام مثلا، أو الضمان الذي اعترض عليه المستفيد فلم ينعقد أو غيرها من الحالات^(٣). في هذه الحالات لا يوصف طلب المستفيد لان المستفيد ليس له حق حتى يقال انه تعسف في طلبه أو كان طلبه منطويا على غش لان الحق لا يوجد أصلا، ويرى جانب من الفقه أن الغش هو الغياب الواضح لحق المستفيد في الحصول على مبلغ الضمانة أو استخدام المستفيد للقواعد القانونية لحصوله على فائدة غير مشروعة، ويرى الجانب الآخر من الفقه أن الغش هو استخدام المستفيد للضمانة بقصد إضرار العميل استخداما يؤدي إلى الانحراف بآلية تلك الضمانات المصرفية عن الغاية التي وجدت من اجلها وبما يتنافى مع مبدأ حسن النية^(٤).

أما القضاء الفرنسي فقد تعرض لمسألة الغش من المستفيد على مراحل حيث استند في بداية الأمر إلى فكرة التعسف الظاهر وذلك لتبرير امتناع البنك عن سداد قيمة خطاب الضمان وقد رأى أن التعسف متحققا في طلب الوفاء من قبل المستفيد رغم أن العميل قد قام بتنفيذ جميع التزاماته التعاقدية التي يلتزم بها في مواجهته، لكن الفقه الفرنسي انتقد فكرة التعسف الظاهر التي استند إليها القضاء للقول بصور غش من المستفيد وأدى هذا النقد الفقهي إلى تحول قضائي في مفهوم الغش

^١ عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مرجع سابق ص ٣٥٦.

^٢ سيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ١١٠.

^٣ عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مرجع سابق، ص ٣٥٣.

^٤ سيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية ، مرجع سابق، ص ١١١.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المشار إليه سابقا بتاريخ ٢١ مايو ١٩٨٥ بأن مبدأ استقلال خطاب الضمان عن العقد الأساس مطلق مما يستبعد إمكانية الاستناد إلى شروط تنفيذ العقد الأصلي وان قيام العميل الأمر قد نفذ التزاماته الناشئة عن عقد الأساس تنفيذا كاملا لا يسمح بإعفاء البنك من تنفيذ التزامه القطعي بالوفاء^(١).

وقد عرضت محكمة النقض الفرنسية لفكرة الدفع بالغش الظاهر بمعناه الدقيق أي بمعنى الطرق الاحتيالية، في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٥ وملخص القضية انه المستفيد وهو شركة قد طالبت بدفع قيمة خطاب الضمان بقصد أن يحمل الأمر عبء تمويل شركة وليدة، فقضت محكمة الموضوع إن طلب الوفاء في هذه الحالة ليس له ما يبرره وان طلب الوفاء لم يكن قائما على الأساس الذي من أجله صدر خطاب الضمان، بل الرغبة في الحصول على منفعة على حساب الأمر لا حق للمستفيد فيها . وقضت محكمة النقض إن الدفع بالغش في هذه الحالة يجوز التمسك به وان الغش يعطل مبدأ استقلال الضمان والضمان المقابل^(٢). ثم حكمت نفس المحكمة في ١٠ يونيو ١٩٨٦ بما يلي " انه إذا كان خطاب الضمان مستقلا بالنظر إلى عقد الأساس، فإن امتناع التمسك بالدفع المستمدة من تنفيذ عقد الأساس يتراجع أمام حالات الغش الواضح^(٣).

هناك اتجاهين في تحديد الغش، الاتجاه الأول يذهب إلى التوسع في مفهوم الغش المانع من الوفاء للمستفيد بحيث لا يقتصر على مجرد الاستعانة بطرق احتيالية بل يمتد ليشمل كل مطالبة من المستفيد لصرف قيمة الخطاب بسوء نية وبهدف الإضرار بالعمل وقد عرفه بعض الفقه بأنه استخدام المستفيد للضمانة بقصد الإضرار بالعمل استخداما يؤدي إلى الانحراف بالية تلك الضمانة عن الغاية التي وجدت من أجلها وبما يتنافى مع مبدأ حسن النية، أو الغش كما عرفه البعض الآخر هو الغياب الواضح لحق المستفيد في الحصول على مبلغ الضمان أو إنه استغلال المستفيد للقواعد القانونية بطريقة تؤدي إلى حصوله على منفعة غير مشروعة، وطبقا لهذا الاتجاه فإن كل ما يصدر من المستفيد بقصد الإضرار بالعمل يعد غشا مانعا من الوفاء سواء كان على شكل طرق احتيالية كما هو الحال في الغش التقليدي، أو كان الذي صدر من المستفيد مجرد تعسف في المطالبة دون أن يكون مصحوبا بطرق احتيالية، بمعنى أن البنك الضامن يستطيع رفض الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد متى صدر منه سلوك تدليسي أي الغش بمعناه التقليدي أو كان طلبه يفتقد إلى أساس قانوني

^١ سيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ١١١ - ١١٣.

^٢ عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مرجع سابق، ص ٣٥٧.

^٣ مجلة بنك، ١٩٨٦، دون عدد، ص ٦١١، مشار إليه في المرجع السابق، ص ٣٥٧.

أي تعسف ظاهر، بمعنى أن العميل قد نفذ كل ما عليه من التزامات تجاه المستفيد وذلك طبقاً لعقد الأساس المبرم بينهما^(١).

على عكس الاتجاه السابق فإن هناك اتجاه يحاول التضييق من مفهوم الغش المانع من الوفاء بحيث لا يمتد إلى الطلب التعسفي، بل يقتصر على الغش بمعناه التقليدي أي الغش المصحوب بوسائل احتيالية دون حالة التعسف في طلب الوفاء وقد استند في ذلك على أن التوسع في مفهوم الغش يؤدي إلى تعطيل الفائدة المرجوة من خطابات الضمان، وأن ذلك يفسح المجال للأميرين والبنوك للإفلات من تنفيذ التزاماتهم بموجب الضمان، وأن التوسع في الغش يؤدي إلى التعارض مع قاعدة (إن الغش لا يفترض) بل يجب إقامة الدليل عليه، كما أنه سيؤدي إلى إيجاد رابطة قانونية بين خطاب الضمان وعقد الأساس للنظر في مدى أحقية المستفيد في طلبه من عدمها وإن هذا الربط بين عقد الأساس وخطاب الضمان يتعارض مع مبدأ الاستقلال، وقد ذهب معظم أحكام القضاء^(٢) إلى التشدد في ماهية الغش واشترطت الغش الواضح أو كما يطلق عليه وفقاً عيني البنك^(٣).

هذا ويرى الباحث أنه لا يمكن الأخذ بأحد الاتجاهين على إطلاقه أو تقديم أحدهما على الآخر من الناحية النظرية وإنما يترك الأمر للقضاء في تطبيق أحد الاتجاهين أو التوفيق بينهما حسب ملابسات كل قضية وظروفها ومحاولة التوفيق بين المصالح المتعارضة للعميل الأمر والبنك من جهة ومصلحة المستفيد من جهة أخرى.

نأتي الآن إلى مسألة مهمة وهي مسألة خطر الخشية من الغش أي هل يتساوى التخوف من وقوع الغش بالغش الواقع فعلاً؟ بحيث يمكن للبنك بأن يمتنع عن الوفاء بقيمة الضمان لمجرد الخشية من الغش، بداية يقال إن الخشية من الغش تعني وجود علامات ودلائل تدعو إلى التوجس من غش قد يقع من المستفيد، تستنتج هذه الخشية من تهرب المستفيد من صدور حكم في موضوع

^١ لمزيد حول هذه الاتجاهات أنظر. مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥ دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٨.

^٢ ذهب القضاء الإنجليزي في قراره الصادر في قضية (Owen) إلى أن " المحاكم يمكنها أن تتدخل في التعهدات غير القابلة للإلغاء التي تقدمها المصارف ولكن بصورة استثنائية، ويكون تدخلها في حالة الغش الفاضح التي تأخذ المصارف بها علماً "، Charley and smart, leading cases in law of banking, London 1983 p.65. نقلاً عن عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

^٣ سيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص، ١٢١.

النزاع ، فهل يمكن لهذه الخشية من احتمالية الغش من قبل المستفيد أن تكون مانعا من الوفاء^(١). بداية رفض الفقه الأجنبي وقف تنفيذ الضمانة البنكية لمجرد الخشية من الغش^(٢). لكن قد حكمت محكمة استئناف باريس (قضاء مستعجل) في ٢٩ سبتمبر ١٩٨٨ مايلى " في إطار الفحص الأولي يجوز للقاضي المستعجل أن يأمر بمنع البنك الضامن المقابل من الوفاء إذا كان هناك خطر الغش من جانب المستفيد . وقد ينتج خطر الغش من واقعة كون المستفيد تهرب من صدور حكم في موضوع النزاع . وقد ينتج من أن البنك الأول لا بد أن يكون على علم بهذا الغش من كونه خاضعا لرقابة مشتركة من الدولة الأجنبية التي تباشر هذه الرقابة عليه وعلى المستفيد"^(٣)، يستنتج من ذلك أن هذا الحكم اوجد حالة جديدة للغش، وهي الهروب من حكم في الموضوع وهو بذلك يطابق بين الحيل المنطوية على غش وغياب أي حق للمستفيد ، وإنه طبق صورة أكثر مرونة بتعريف الغش بالاستناد إلى مظنة الغش أو الخشية منه ولم يقتصر على حالة الغش الظاهر، وكذلك حالة تواطؤ البنك الضامن في الغش^(٤). هذا ويذهب الباحث إلى تأييد الرأي الذي لا يؤيد ذلك التوسع في مفهوم الغش لان من شأنه تعطيل الفائدة المرجوة من استقلال خطاب الضمان، وما يؤدي إليه هذا التوسع من تقليل أهمية هذه الضمانة كونها بديلا ناجحا عن التأمين النقدي ودورها في تسهيل الأعمال التجارية سواء الداخلية منها أو الدولية.

بقي لنا أخيرا أن نتطرق إلى شروط الغش المانع من الوفاء للمستفيد بعد أن تعرضنا فيما سبق لمفهوم الغش والمراحل التي مر بها والاتجاهات التي فسرت الغش من المستفيد، حيث يشترط أولا أن يكون الغش ظاهرا بدليل ثابت غير متنازع فيه حيث أن الملاحظ أن الدفع بالغش من المستفيد أن يكون هذا الغش أو التعسف ظاهرا، فظهور هذا الغش هو الذي يميز الدفع به في مجال خطابات الضمان ، ذلك لأنه لو سمح للضامن أو الأمر إثبات الغش من المستفيد بوسائل الإثبات المعتادة لصاع استقلال خطاب الضمان، لأن إثبات الغش لا يكون إلا بالنظر في عقد الأساس وهو ممنوع، ولذا كان من المقرر أن غش أو سوء نية المستفيد يجب أن يكون واضحا، ولا يكفي أن يكون راجحا لان سوء النية لا يفترض، وتأخذ شخصية المستفيد المطالب بالوفاء بنظر الاعتبار أي الشعور بانعدام حقه في المطالبة، وتساعد الوقائع المادية في تقوية عدم أحقية المستفيد بالمطالبة

^١ مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقا لاتفاقية اليونسفال ١٩٩٥ دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٤٧ .

^٢ سيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ١١٩ .
^٣ عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مرجع سابق، ص ٣٦٠ .

^٤ سيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ١٢٠ .

حيث لا يقبل من الأمر الذي يخطر البنك بمنعه من الوفاء ويتقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة، أن يطلب إجراء تحقيق أو السماع للشهود أو فحص مستندات للتأكد من غش المستفيد بل يجب أن يقدم الدليل جاهزا بصورة قاطعة على غش المستفيد، ومن الأمثلة على الغش من قبل المستفيد وضع الأمر فوراً تحت يد المحكمة المستندات التي تثبت شحن البضاعة أو قيامه بتقديم ما يثبت أنه نفذ جميع التزاماته التعاقدية، حيث لا يكفي مجرد إدعاء الأمر بغش المستفيد وأنه لا حق له فيما يطالب به^(١).

والشرط الثاني لجواز التمسك بالغش هو أن يكون الغش صادراً ممن يحتج به عليه، أي هل أن الغش يكون معتبراً في حال كونه قد صدر من المستفيد فقط أم أنه ممكن أن يكون معتبراً كذلك حتى لو وقع من الغير ؟ في هذا الخصوص ذهب جانب من الفقه أنه لكي يكون الغش معتبراً يجب أن يكون من عمل المستفيد فقط فلا يشمل بذلك الغش الصادر من الغير وفي حال صدوره من الغير فإن المستفيد بريئاً منه^(٢)، بينما يرى الجانب الآخر أنه لا يلزم أن يكون الغش صادراً ممن يحتج به عليه لأن الرأي الأول معناه أن الغش يمتد إلى عقد الأساس بحيث يجعل طلب تنفيذ الخطاب منطوياً على غش بخلاف التدليس الذي يعاصر مرحلة انعقاد العقد بهدف دفع المتعاقد إلى التعاقد، ولذلك فإن الغش حسب هذا الرأي يجب أن يزيل كل العقوبات التي تفصل بين مجموعة العقود أي أن الغش يفسد كل العقود ألكونه لوحدة تعاقدية أي ما كان الشخص الذي يرتكبه^(٣)، هذا ويتفق الباحث مع الرأي الثاني لأنه من الواجب حماية مصالح الأمر المشروعة من خلال محاربة الغش مهما كان الشخص الصادر منه لأن الغش غش ويفسد كل التصرفات أي ما كان سببه وإن العبرة تكون بالوقائع المادية .

أما بالنسبة للغش المانع من الوفاء في التشريع الأردني فإنه كما نعلم أن قانون التجارة الأردني لم يعالج مسألة خطابات الضمان بموجب نصوص تشريعية، إلا أنه عادة ما يلجأ إلى الاعتراض على طلب وفاء الضمان ، بالاستناد إلى بطلان العقد الأساسي أو أن العميل قد أوفى بالتزاماته وإن المستفيد غير محق في طلبه أو قد يحتج أن عدم تنفيذ الالتزام راجع إلى سبب كالقوة القاهرة، غير

^١ عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مرجع سابق، ص ٣٦١-٣٦٢ .

^٢ أبو جماعة، سوزان علي محمد (٢٠٠٤)، استقلال التزام البنك في خطاب الضمان: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، المرفق: جامعة آل البيت، ص ٩٧ .

^٣ سيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية ، مرجع سابق، ص ١٢٤ .

أن البنك لا يستطيع عادة أن يرفض الأداء للمستفيد بناء على طلب عميله إلا في حالة الغش الظاهر، وفاء منه لتعهداته تجاه المستفيد والناشئ عن خطاب الضمان حيث أن الأمر ليس طرفاً فيه، ولأن الامتناع عن الوفاء لا يمنع من الحكم على البنك بالتعويض للمستفيد لرفضه الوفاء دون مبرر قانوني، وقد استقر اجتهاد محكمة التمييز الأردنية على أن التزام البنك بأداء قيمة الضمان يستحق فوراً بعد طلب المستفيد دون الاكتراث بأي اعتراض من الأمر وقد جاء في حكم محكمة التمييز مايلي " ... أن التزام البنك بأداء المبلغ الذي تحدده الكفالة إلى الجهة المستفيدة مستقل عن التزام الجهة المكفولة ويستحق فور الطلب من المستفيد بصرف النظر عن أي اعتراض أو تحفظ بيديه المكفول وفقاً لما ورد في خطاب الضمان"^(١). أما بالنسبة لقانون التجارة العراقي الذي عالج أحكام خطاب الضمان لكنه فإنه لم يعالج مسألة الغش من المستفيد في المطالبة بقيمة الخطاب، ولكن هناك عدد من القرارات القضائية وردت من خلال اللجوء إلى الأوامر على العرائض^(٢). حيث قد يكون سبب طلب العميل إلى قاضي الأمور المستعجلة إصدار أمر للبنك بوقف صرف قيمة خطاب الضمان بناء على طلب المستفيد هو تصوّر قائم لدى العميل أن طلب تسهيل الخطاب مبني على غش منه لأن العميل قد يكون قد أوفى بجميع التزاماته العقدية أو بالجزء الأكبر منها . لذلك يعتمد إلى تقديم عريضة للقاضي يطلب فيها إصدار أمر للبنك بوقف صرف الخطاب .

وقد ورد في قرار لمحكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية / الهيئة التمييزية مايلي " ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند عليها إذ أن الدعوى المرقمة ٤١ / ب / ٢٠١٣ تتعلق موضوعها بفسخ العقد المبرم بين الطرفين وإعادة مبلغ خطاب الضمان مما يستوجب إيقاف صرفه إلى نتيجة الدعوى لذا قرر تصديقه " مما تقدم يلاحظ انه قد تمت الاستجابة لطلب وقف صرف مبلغ خطاب الضمان^(٣)، ويرى الباحث انه لا يمكن أن تتم الاستجابة إلى طلب وقف صرف قيمة الخطاب بناء على الأوامر على العرائض إذا انه قد

^١ تمييز حقوق رقم ٩٩/٢٤٦٢، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة ٢٠٠٢، ص ١٧١٤ .

^٢ يقصد (بالأمر الولائي) أمر تصدره المحكمة بناء على طلب دون تبليغ الطرف الآخر وهي قرار وقتي يصدره القاضي في الأحوال التي ينص عليها القانون ويكون بناء على طلب احد الخصوم في غيبة الخصم الآخر ولا يمس أصل الحق حتى يحفظ حقا من الضياع أو ينتهز فرصة مشروعة. أفلأحي، محمد إبراهيم (٢٠١٣)، القضاء المستعجل الولائي في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، بغداد: مكتبة الصباح، ص ١١٢ .

^٣ رقم القرار ٩٥/٤٩٦/م/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٤/٧، القرار غير منشور، مشار إليه في صالح، (٢٠١٤)، خطاب الضمان أحكامه القضائية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ٤٥ .

يرفض الطلب المتضمن وقف صرف قيمة الخطاب إذا لم يكن هناك ما يبرره أو أن المستفيد كان محقا في طلبه ولم يبدر منه أي غش أو تعسف ظاهر في المطالبة.

وفي قرار آخر لمحكمة استئناف بغداد الرصافه الاتحادية / الهيئة التمييزية، مايلي " ... ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون وذلك لأن خطاب الضمان تعهد يصدر من المصرف بناء على طلب احد المتعاملين بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه خلال المدة ألمعيه في الخطاب استنادا لإحكام المادة ٢٨٧ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ وان إيقاف إجراءات صرفه لا يستقيم مع ما ورد في المادة المذكورة، أضف لذلك أن الدعوى المقامة من قبل المتظلم قد ردت لذا قرر تصديقه"^(١). وبالنظر إلى القرار أعلاه يرى الباحث انه لا تتم الاستجابة لطلب وقف صرف قيمة خطاب الضمان بناء على الأوامر الولائية دائما إذ أن لكل دعوى ظروفها وملابساتها.

الفرع الثاني

حالات الغش طبقا لاتفاقية الأمم المتحدة اليونسترال لعام ١٩٩٥

اتفاقية اليونسترال هي مجموعة القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة عام ١٩٩٥ وعالجت فيها الضمانات المستقلة، جامعة في ذلك بين خطابات الضمان المعروفة في النظام الانجلوأمريكي وخطابات الضمان في النظام الأوربي، وتعرف خطابات الضمان طبقا للمادة (٢) الفقرة الأولى للاتفاقية على إنها " لأغراض هذه الاتفاقية يمثل التعهد التزاما مستقلا، يعرف في الممارسة الدولية كفالة مستقلة أو خطاب ضمان أو اعتماد ضامن، مقدما من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر بان يدفع للمستفيد مبلغا معينا أو قابل للتعين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مشفوعة بمستندات أخرى حسب أحكام التعهد "... ومن خلال نص المادة يلاحظ أن الاتفاقية جمعت في تعريف واحد بين خطابات الضمان وخطابات الاعتماد المعروفة في النظام الأمريكي، كما ويلاحظ من خلال التعريف أن الاتفاقية لم تقيد خطابات الضمان بكونها مصرفية مما يعني تطبيق نفس القواعد على الخطابات الاعتمادات الصادرة من غير البنوك سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين

^١ رقم القرار ٢٠١٤/١٠٣/م في ٢٠١٤/٢/٣ ، القرار غير منشور، مشار إليه في صالح (٢٠١٤)، خطاب الضمان أحكامه القضائية وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص ٤٦.

كالمؤسسات والهيئات المالية^(١). بخلاف المشرع العراقي الذي قصر إصدار خطابات الضمان على البنوك.

وقد كان الغرض الأساسي من هذه الاتفاقية يتمثل في إيجاد قدر كبير من التوحيد على الصعيد الدولي فيما يتعلق بالطريقة التي يرد بها الكفلاء والمحاكم على الادعاءات بوجود تزوير أو تزيف للحقائق في المطالبة بالسداد بموجب خطابات الضمان أو خطابات الاعتماد الضامنة^(٢).

وعلى الرغم من أن التزام البنك اتجاه المستفيد نهائي ومجرد إلا أن الإجماع منعقد على إلزام البنك بالامتناع عن الوفاء في حالة صدور غش من المستفيد اتجاه البنك ولما كانت التشريعات الوطنية قد خلت من نصوص تبين الغش من المستفيد لذا جاءت اتفاقية الأمم المتحدة (اليونسترال) بتحديد حالات الغش المانع من الوفاء للمستفيد وذلك من خلال المادة (١٩) من الاتفاقية وقد بينت أن الغش لا يقتصر على مجرد صدور غش من المستفيد من خلال الاستعانة بطرق ووسائل احتيالية، وإنما تمتد لتشمل كل مطالبة للمستفيد ينعدم فيها الأساس القانوني (التعسف الظاهر) وقد حددت الفقرة الثانية من المادة (١٩) هذا الأمر بخمس حالات طبقاً للاتفاقية وهي كالآتي^(٣).

أولاً : الغش القائم على تزوير المستندات:

وتتم هذه الحالة عندما يكون تسجيل قيمة الضمانة مرتبطاً بتقديم المستفيد لمستندات معينة كحكم محكمة أو قرار تحكيم أو محضر خبرة، ويجب أن يكون هذا الشرط بتقديم المستندات منصوصاً عليه في الخطاب تأكيداً على مبدأ الكفاية الذاتية للخطاب، ويتحقق البنك من صحة المستندات من خلال الفحص الظاهري لها وبحسن نية^(٤). ولا يكلف البنك بإجراء التحقيقات وتحريرات خاصة

^١ مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسترال ١٩٩٥ دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢١-٢٥.

^٢ خطابات الاعتماد الضامنة تسمى في العراق (بالضمان تحت الطلب) وهي تشابه إلى حد بعيد خطابات الضمان المصرفية إلا إنها لم تحض بمعالجة تشريعية من قبل المشرع العراقي، جادر، غني ريسان(٢٠٠٩)، الضمان بمجرد الطلب، مجلة العلوم الاقتصادية، ٢٥(٧)، ١١١-١٣٢، البصرة:جامعة البصرة، ص ٥.

^٣ مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسترال ١٩٩٥ دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٦-٥٤.

^٤ نص المادة ١/١٦ من اتفاقية اليونسترال لسنة ١٩٩٥.

للتحقق من صحة هذه المستندات، ويقوم البنك بفحص المستندات خلال مدة معقولة وهذا ما أكدته المادة ١٦ الفقرة الثانية من القواعد الدولية^(١).

ثانيا : بطلان عقد الأساس بموجب حكم محكمة أو تحكيم:

ويتم ذلك طبقا للمادة (١٩) الفقرة الثانية /ب / فإنه يعد من حالات الغش المانع لطلب المستفيد للضمانة بصدور حكم قضائي أو من هيئة تحكيم ببطلان عقد الأساس ما لم يتبين أن هذا الحدث الاحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد^(٢).

ثالثا : عدم أداء الالتزام الأصلي لصدور تصرف معيب من المستفيد:

وتتمثل هذه الحالة في عدم قيام العميل الأمر بتنفيذ عقد الأساس فيكون للمستفيد حينئذ الحق في الطلب بتسجيل قيمة الضمان، ويعد هذا الإجراء طبيعيا ، لكن في حالة عدم تنفيذ عقد الأساس راجعا إلى سلوك متعمد صادر من المستفيد، فإن طلبه قيمة الضمان يعد تعسفا ظاهرا ينعدم معه الأساس القانوني للمطالبة وهذا ما نصت عليه المادة(١٩) الفقرة الثانية /د/ بقولها" حيث يكون من الواضح أن الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي هو تصرف معيب متعمد من المستفيد نفسه "^(٣).

رابعا : تنفيذ عقد الأساس دون شك كما طلبه المستفيد:

وتفترض هذه الحالة أن العميل الأمر قد نفذ جميع التزاماته طبقا لعقد الأساس والنتيجة التي تترتب على ذلك حسب نصوص اتفاقية اليونسترال أن طلب المستفيد بعد التنفيذ المطابق لعقد الأساس يعد غشا من المستفيد يمنع البنك من الاستجابة لطلبه، وهناك شبه إجماع من جانب الفقه على انه إذا قام العميل بتنفيذ جمع التزاماته في عقد الأساس على الصورة التي حددها المستفيد، مع تقديم مستندات تدعم هذا التنفيذ فان قيام المستفيد بتقديم طلب تسجيل قيمة الخطاب فإن طلبه هذا يكون مشوبا بالغش حسب الاتفاقية، مما يخول البنك بالامتناع عن الوفاء^(٤).

^١ مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقا لاتفاقية اليونسترال ١٩٩٥ دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٥٤،٥٦ .

^٢ المرجع ذاته، ص ٥٨ - ٥٩ .

^٣ المرجع ذاته، ص ٦١ .

^٤ المرجع ذاته ، ص ٦٥ .

خامسا: عدم وقوع الخطر الاحتمالي الذي صدر من أجله خطاب الضمان :

يعد من باب التعسف من قبل المستفيد في المطالبة بقيمة خطاب الضمان عدم وقوع الحدث أو الخطر الذي بسببه طلب المستفيد من المتعاقد (العميل الأمر) تقديم خطاب ضمان، وقد وردت الإشارة إلى هذه الحالة في الاتفاقية بموجب نص المادة ١٩ الفقرة ٢/ج على أنه من ضمن حالات المطالبة دون أساس " حيث لا يكون هناك شك في عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن المستفيد من وقوعه " (١).

هذا ويرى الباحث أن المادة ١٩ من اتفاقية اليونسترال قد وسعت من الحالات التي تسمح للبنك بالامتناع عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان، وهذا ما يتعارض مع الغاية والهدف من وراء إصدار الضمانات المصرفية، على اعتبارها بديلا عن التأمينات النقدية هذا من جانب ومن جانب آخر فإنه يمكن النظر إلى نص المادة ١٩ من الاتفاقية بأنه قد جاء على تحديد الحالات التي تجيز للبنك الامتناع عن السداد للمستفيد مما يساهم في إضفاء نوع من الاستقرار في المعاملات التجارية لاسيما الدولية منها، وخاصة وان للقضاء دور مهم في النظر بطبيعة الخلافات التي تثار على أساس الغش أو المطالبة التعسفية من قبل المستفيد ومدى أحقية البنك بالامتناع عن السداد .

المطلب الثاني

حالات أخرى لرجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان المصرفي

هناك حالات يستطيع البنك من خلالها بالامتناع عن الوفاء بقيمة الخطاب أو الرجوع بما دفع للمستفيد ويستند البنك قدرته في التمسك بالإمتناع عن السداد من خطاب الضمان ذاته، كأن تكون مطالبة المستفيد بعد انتهاء مدة الخطاب أو قبل بدء سريانه، أو جاءت المطالبة من قبل غير المستفيد أو وكيله القانوني، أو أن تكون المطالبة بقيمة أكبر من قيمة الضمان المنصوص عليها في الخطاب و سنتناول هذه الحالات من خلال الفرع الأول، وهناك حالة يستطيع البنك من خلالها من الرجوع على المستفيد من خطاب الضمان بما دفع من قيمة الضمان وسنبحثها من خلال الفرع الثاني من هذا المطلب.

^١ مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقا لاتفاقية اليونسترال ١٩٩٥ دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٦٧.

الفرع الأول

الحالات التي تجيز للبنك التمسك بالامتناع عن السداد

وهذه الحالات نستطيع استنتاجها من شروط آثار خطاب الضمان وهي على النحو الآتي :

أولاً: جاءت المطالبة قبل بدء سريان خطاب الضمان أو بعد انتهاء مدته:

قد يعتمد المستفيد من خطاب الضمان بالمطالبة بصرف قيمة الخطاب دون مراعاة تاريخ نفاذه وفي مثل هذه الحالة يجب على البنك عدم تلبية طلب المستفيد بصرف قيمة خطاب الضمان.

حيث أن الأصل بعد موافق البنك على طلب العميل الأمر بإصدار خطاب ضمان لصالح جهة مستفيدة معينة، يقوم البنك بإصدار هذا الخطاب ومن أساسيات الإصدار أن يذكر البنك في متن الخطاب تاريخين أحدهما لبدء سريان الخطاب والثاني لإنهاء أجله، وخلال مدة سريان الخطاب يكون البنك ملزماً بالدفع للمستفيد بعد المطالبة فإذا انقضت المدة ولم يتقدم المستفيد بالمطالبة سقط إلزام البنك ويجوز للعميل استرداد غطاء خطاب الضمان^(١). ذلك لأن خطاب الضمان يتضمن دائماً تعهد بدفع مبلغ معين من النقود خلال (مدة معينة) وإذا استعمل المستفيد حقه في المطالبة بقيمة الخطاب خلال مدته وجب على البنك السداد الفوري^(٢). والعبرة في صحة وفاء البنك للمستفيد تكون بتاريخ المطالبة وليس بتاريخ السداد الفعلي، أي إذا كانت المطالبة في وقت كان الخطاب لازال سارياً وأوفى البنك بتاريخ لاحق بعد انتهاء سريان أجل الخطاب فإن سداد البنك يعد صحيحاً ويرتب له الحق في الرجوع على العميل الأمر بما دفع من قيمة الضمان^(٣)، ويمكن أن يكون خطاب الضمان غير محدد المدة، ولكن البنك يستطيع إنهاء التزامه المترتب بموجب خطاب الضمان شرط إخطار العميل والمستفيد قبل الإنهاء بوقت مناسب لكي يستطيع الطرفين ترتيب التزاماتهم المتبادلة^(٤).

^١ عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص ٩٧٢-٩٧٣ .

^٢ يرى الباحث أن سداد البنك بعد مطالبة المستفيد يجب أن تكون خلال مدة مناسبة ويمكن على سبيل المثال تكون خلال ثلاثة أيام من تاريخ المطالبة .

^٣ الشواربي، عبد الحميد (١٩٩٢)، العقود التجارية، دون طبعة، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص ٥٦٥-٥٦٨ .

^٤ عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص ٩٧٣ .

ثانياً: جاءت مطالبة المستفيد بمبلغ اكبر من قيمة الخطاب :

تتضمن وثيقة خطاب الضمان على عدة أمور من أهمها قيمة الضمان والتي يجب أن تحدد تحديداً دقيقاً، ويجب على المستفيد عند مطالبته بقيمة الضمان أن يراعي المبلغ المحدد في وثيقة خطاب الضمان، لأن التزام البنك بإصدار خطاب الضمان التزام جوهري لأنه يمثل الغاية الأساسية من عقد فتح الاعتماد، ويتخذ خطاب الضمان الذي يصدره البنك صيغة تعهد موجه إلى المستفيد بأداء (مبلغ معين) من النقود، حيث أن تحديد قيمة الخطاب يعد من البيانات الأساسية التي يجب أن يتضمنها الخطاب الصادر من البنك والموجه للمستفيد، ويجب أن تكون مطالبة المستفيد إضافة إلى مدة سريانه أن تكون في حدود المبلغ المحدد فيه، وإلا كان للبنك الامتناع عن السداد بقيمة اكبر من القيمة الحقيقية المذكورة بموجب الخطاب. وإذا أوفى البنك بناء على مطالبة المستفيد بقيمة اكبر مما هي عليه في الخطاب فإنه يفقد حقه في الرجوع على العميل إلا في حدود المبلغ المتفق عليه^(١). ومع ذلك هناك أنواع من خطابات الضمان لا يحدد فيها مقدار التزام البنك ومنها الخطابات التي تقدم إلى شركات الملاحة لسحب البضائع قبل وصول مستندات الشحن، وهنا يمكن للبنك إجراء تقديراً تقريبياً لالتزامه لقيده في حساباته النظامية حسب الأصول المحاسبية^(٢).

ثالثاً: إذا جاءت المطالبة من غير المستفيد أو المفوض القانوني.

يصدر البنك خطاب الضمان بناء على طلب عميله لصالح جهة مستفيدة معينة، يكون لها الحق في المطالبة بقيمة خطاب الضمان فإذا جاءت المطالبة من قبل غير المستفيد أو المفوض القانوني، فإن على البنك الامتناع عن سداد قيمة خطاب الضمان لأن خطاب الضمان يرتب حقاً شخصياً للمستفيد^(٣). وفي ذلك نصت المادة ٢٨٩ من قانون التجارة العراقي على مايلي " لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلى الغير إلا بموافقة المصرف " . من هنا يتبين لنا أن البنك يستطيع الامتناع عن دفع قيمة خطاب الضمان إذا جاءت المطالبة من قبل غير المستفيد ما لم يكون ذلك الغير صاحب حق في قيمة الضمان بناء على تنازل المستفيد وقبول البنك لذلك حسب نص المادة أعلاه.

^١ النعيمي، شرح قانون المعاملات التجارية الاتحادي - العمليات المصرفية، مرجع سابق، ٢٣٩ .

^٢ علم الدين، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، مرجع سابق، ص ٤٢ .

^٣ حلمي، احمد (٢٠١٣)، خطابات الضمان بين التشريع وأحكام النقض،

الفرع الثاني

رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان

من المبادئ الأساسية التي تحكم علاقة البنك بالمستفيد من خطاب الضمان هي مبدأ استقلال التزام البنك اتجاه المستفيد عن العلاقة فيما بين الأمر والمستفيد أي أن التزام البنك يكون مستقلاً، ولا يؤثر على استقلالية التزام البنك كما رأينا سابقاً ألا حالتي الغش والتعسف الظاهر في المطالبة من قبل المستفيد؛ وعندما يوافق البنك على إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد فإنه يتعهد وبصورة نهائية بدفع مبلغ معين من النقود خلال مدة معينة دون الاعتداد بأي معارضة من العميل، وقد ذهب رأي من الفقه على تأسيس التزام البنك على أساس الإرادة المنفردة، فالضمان طبقاً لهذا الرأي هو إرادة البنك المنفردة دون الحاجة لقبول صريح أو ضمني من جانب المستفيد، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للبنك الضامن التمسك بدفع مستمدة من علاقة أخرى، ولا يحق له في مواجهة المستفيد إلا بالدفع الناشئة عن هذه الإرادة المنفردة كما لو وقع غلط في شخصية المستفيد أو كان الخطاب مزوراً أو كان المستفيد قد استعمل للحصول على رضا البنك نوع من التدليس أو الأساليب المنطوية على حيل، ففي هذا الفرض المتقدم يستطيع البنك التمسك بكون إرادته معيبة ويطلب بإبطال التصرف والرجوع على المستفيد بما دفع^(١).

أن من واجبات البنك المهمة هي القيام بعملية التحقق قبل قيامه بعملية إصدار خطاب الضمان بناء على طلب العميل، حيث أنه يقوم بما لديه من خبرة في مجال الأعمال التجارية بدراسة الشروط المقترحة من قبل العميل لإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد وإزالة أي لبس أو غموض يكتنف عملية الإصدار أو الشروط التي يتم الاتفاق عليها والتي تؤثر على التزام البنك مستقبلاً، لأنه في الأخير سوف يكون مسؤولاً أو ملتزماً اتجاه المستفيد بقيمة الضمان، لتجنب أي إشكالية قد تثور بعد مطالبة المستفيد هذا أثناء عملية التفاوض في عملية إصدار الخطاب، وبعد قيام البنك بإصدار الخطاب و وصوله إلى علم المستفيد فإنه أي البنك يصبح ملتزماً بصورة نهائية اتجاه المستفيد، وقد يقوم المستفيد بالمطالبة بسداد قيمة الخطاب، هنا تنهض مسؤولية البنك بالتحقق من شروط الاتفاق الذي بموجبه تم إصدار خطاب الضمان وإن جميع بيانات الخطاب قد تم استيفائها، وعليه إذا قصر البنك أو أغفل أي شرط وقام بالسداد للمستفيد بالرغم من مخالفة تلك الشروط، فإن

^١ عبد الله، إيهاب محمد نور (٢٠٠٩)، خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية، رسالة ماجستير، السودان: جامعة جوبا، ص ٦٧ .

البنك يفقد حقه بالرجوع على العميل بما آداه هذا فضلا باحتفاظ العميل بحقه بالتعويض إذا كان له ما يبرره^(١).

قد يترتب للعميل الأمر حق الرجوع على البنك، وذلك في حالة أن العميل قام بإيداع قيمة غطاء خطاب الضمان نقدا تحت يد البنك وقام البنك الضامن بالسداد للمستفيد رغم انتهاء مدته أو بالمخالفة للشروط الواردة بخطاب الضمان نفسه، كما لو قام البنك بالدفع للمستفيد بالرغم من انتهاء مدة خطاب الضمان، أو بالرغم من إخطار العميل للبنك بصدور غش أو تعسف واضح لا مجال للشك فيه، أو قام البنك بالسداد خلال مدة تمديد سريان خطاب الضمان دون اخذ الموافقة من العميل أو الموافقة المسبقة، ففي مثل هذه الحالات يتمكن العميل من الرجوع على البنك بقيمة الغطاء المقدم من قبله كتأمين نقدي لقاء قيام البنك بإصدار خطاب الضمان طالما أن هناك خطأ أو تقصير من جانب البنك في عملية الوفاء، إضافة إلى ذلك يستطيع العميل الأمر أن يسترد التأمينات غير النقدية المقدمة كغطاء سواء أكانت أصول عقارية تم رهنها لصالح البنك الضامن أو كانت أوراق تجارية أو أسهم أو سندات^(٢).

ولكن قد يكون البنك قد أوفى للمستفيد دون أدنى مخالفة للشروط الواردة في خطاب الضمان لكن العميل قام لديه اعتقاد بعدم أحقية المستفيد بقيمة الخطاب كأن يكون عقد الأساس فسخ بالتراضي أو أن العقد قد أبطل أو قام العميل بالوفاء بجميع التزاماته على أتم وجه ووقع المستفيد على ما يفيد بذلك، ففي مثل هذه الحالات جاز للعميل رفع الدعوى على المستفيد لإثرائه دون سبب على حساب العميل بالإضافة إلى عقد الأساس المبرم بينه وبين المستفيد، ويقع عبء الإثبات على العميل بعدم أحقية المستفيد بقيمة الضمانة^(٣).

هناك حالة يستطيع من خلالها البنك بالرجوع على المستفيد عن طريق دعوى الإثراء بدون سبب وعكس قيد المبالغ التي قيدت في حسابه دون وجه حق من باب الإثراء بدون سبب لأنه حسب القواعد العامة في التشريعات المدنية لأن كل من يستلم ما ليس مستحقا فإنه يلتزم برده، ويتحقق تسليم غير المستحق وما يترتب عليه من التزام بالرد في حالة ما يستلم فيها شخص معين ما ليس

^١ عبد الله، خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية، مرجع سابق، ص ١٤٠.

^٢ المرجع ذاته، ص ١٤٠.

^٣ المرجع ذاته، ص ١٤٠.

من حقه^(١). هذا ويرى الباحث أن قيام البنك بالسداد الخاطئ أي بالمخالفة لشروط العميل لا تسمح للبنك بالرجوع على العميل الأمر لأن ذلك يوجد له ما يبرره وهو مخالفة البنك للشروط وحرفية الالتزام بموجب خطاب الضمان، وفي هذه الحالة هل يقف البنك مكتوف الأيدي؟ في رأي الباحث انه لامناص للبنك من اللجوء إلى القضاء ومطالبة المستفيد بما اثري به على حساب البنك، لكن البنك بما لديه من خبرة واسعة في مجال خطابات الضمان يستطيع أن يتفادى مثل هذه الأمور من خلال توخي الحذر والدقة في عملية السداد من خلال طريقتين هما أن يتم تحديد شروط الالتزام بصورة دقيقة قبل الالتزام بصورة نهائية، والطريق الثاني: يكون بعد الالتزام النهائي وذلك بفحص شروط الخطاب والتأكد من شخصية المستفيد قبل السداد الفعلي وذلك من اجل الحفاظ على سمعته وتجنب الإشكاليات التي قد تثار، وكذلك فإنه يمكن للبنك الاتفاق مع المستفيد على ضمانات خاصة في حالة وجود بعض المخاطر المحتملة من جراء عملية السداد.

الفصل الثاني

شروط وآثار رجوع البنك على المستفيد

تم التطرق سابقا أن خطاب الضمان هو نتيجة عقود ثلاثة وهي عقد الأساس فيما بين العميل والمستفيد وعقد الاعتماد بالضمان بين العميل والبنك وأخيرا عقد خطاب الضمان فيما بين البنك والمستفيد الذي ينعقد بمجرد وصول خطاب الضمان للمستفيد وعدم الاعتراض عليه ، وينتج عن هذه العقود الثلاثة خطاب الضمان وعلاقات متداخلة بين الأطراف ، والبنك بصفته يلتزم التزاما نهائيا وبصفته أصيلا اتجاه المستفيد فأن له حقوق وتترتب عليه التزامات معينة في حدود العبارات الواردة في الخطاب. ومن أهم هذه الحقوق هي حق الرجوع على العميل الأمر بما دفع من قيمة الضمان إذ أن عمل البنك كما رأينا سابقا لا يعد على سبيل التبرع على الإطلاق، وان رجوع البنك على العميل الأمر أو على المستفيد لابد أن يكون مستندا إلى شروط من الواجب تحققها ويرتب آثارا معينة. لذا سوف يقوم الباحث بدراسة هذه الشروط والآثار المترتبة من خلال مبحث أول بعنوان شروط وآثار رجوع البنك، حيث يتطرق المطلب الأول إلى شروط وآثار رجوع البنك على العميل الأمر على اعتبار أن ذلك يعد الوضع الطبيعي في حالة قيام المستفيد بتقديم طلب استيفاء قيمة الضمانة، ولا بد أن ننوه أن عملية رجوع البنك على العميل الأمر قد حضت بمعالجات

^١ عبد الرحيم، جمال عبد الخضر (١٩٩٩)، خطابات الضمان الاعتمادات الضامنة والكفالات في التشريعات والقواعد الدولية واتفاقية الأمم المتحدة، دون طبعة ، بيروت: اتحاد المصارف العربية، ص ١٤٢ .

تشريعية من قبل بعض التشريعات التجارية ومنها التشريع التجاري العراقي، على خلاف المشرع التجاري الأردني الذي لم يتناول خطاب الضمان بالتنظيم والمعالجة.

أما في المطلب الثاني فسيتناول الباحث شروط آثار رجوع البنك على المستفيد ويعد هذا الرجوع استثناء على المبدأ العام بالرغم من أن هذا الأمر لم يحض بمعالجة تشريعية لذا سوف يسترشد الباحث بالأراء الفقهية التي قيلت في هذا الموضوع وبعض الأحكام القضائية أن وجدت والتي قررت هذا الأمر.

وإكمالا للفائدة العلمية سيتناول الباحث من خلال المبحث الثاني بعض الأحكام المهمة التي تتعلق بالبنك والمستفيد من خطاب الضمان ومدى تأثيرها على التزامات الأطراف وهي عملية تمديد أو تعديل خطاب الضمان، أو وجود حكم تحكيم أو شرط للتحكيم في عقد إصدار الخطاب يركن إليه في حالة حدوث نزاع حول تنفيذ خطاب الضمان أو عملية الرجوع فيما بين الأطراف وسيتم ذلك من خلال مطلبين سنتناول في المطلب الأول عملية رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان، أما المطلب الثاني فسوف نبحث فيه شرط التحكيم وحكم تحكيم في خطاب الضمان واثار ذلك على التزامات البنك.

المبحث الأول

شروط وأثار رجوع البنك

يرجع البنك على العميل الأمر، أو قد يرجع على المستفيد بما دفع وذلك في حالات معينة كما في حالة مخالفة البنك للشروط المتفق عليها مع العميل الأمر، ويمكن الاستدلال على رجوع البنك على المستفيد من خلال القواعد العامة التي تحكم الالتزامات وفي القوانين المدنية.

المطلب الأول

شروط وآثار رجوع البنك على العميل الأمر

من الآثار المهمة لخطاب الضمان هو التزام العميل الأمر بان يرد للبنك ما يكون قد دفعه للمستفيد من قيمة خطاب الضمان، وإلا تعرض العميل للتنفيذ من قبل البنك على ما يكون قد دفعه من تأمينات شخصية أو عينية لتغطية خطاب الضمان^(١).

ولرجوع البنك بقيمة خطاب الضمان على العميل الأمر شروط معينة ويترتب على تلك الشروط بعض الآثار المهمة لأنه في الأساس أن رجوع البنك يكون على العميل الأمر وليس احد غير العميل وان الأساس في ذلك هو عقد الاعتماد بالضمان المبرم بينهما.

الفرع الأول

شروط رجوع البنك على العميل الأمر

تقسم هذه الشروط إلى شروط تتعلق بوثيقة خطاب الضمان من حيث كون الخطاب صحيح وساري المفعول، وأخرى تتعلق بمطالبة المستفيد فيجب أن يكون سداد البنك لقيمة الخطاب بناء على مطالبة المستفيد شخصيا وفي حدود مبلغ الضمان ومن اجل الغرض الذي صدر من اجله الخطاب.

الشرط الأول: دفع البنك لقيمة خطاب الضمان:

من أهم التزامات البنك بموجب عقد فتح الاعتماد بالضمان المبرم مع العميل الأمر هو الالتزام بدفع قيمة الضمان عند أول مطالبة من قبل المستفيد لأن الغاية الأساسية من إصدار خطاب الضمان هي التسهيل على العميل لإتمام صفقة معينة، حيث أن المستفيد قد لا يقبل بالتعاقد مع المستفيد بدون تقديم الأخير لضمان معين يضمن جديته في التعاقد، ولأن عملية إصدار خطاب الضمان هي من العمليات المصرفية التي تقدم من خلالها البنوك خدمة لعملائها، حيث يكفل البنك عميله اتجاه الغير وذلك على سبيل التامين لضمان التزامه بحسن التنفيذ وإنجاز العمل على أكمل وجه، وهنا يأتي دور خطاب الضمان ليحل محل التامين النقدي لأن العميل يكون بحاجة إلى المبلغ النقدي الذي

^١ ياملكي، أكرم (٢٠٠٨)، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص

يمكن أن يقدم كتأمين لحسن التنفيذ لتمويل أعماله^(١). هذا ويرى الباحث أن طلب المستفيد لقيمة خطاب الضمان لا يكون هو الوضع الغالب، إذ قد يقوم العميل بتنفيذ التزامه على ضوء ما التزم به في عقد الأساس المبرم بينهما ولا يلجأ المستفيد حينئذ بطلب قيمة الخطاب من البنك ، أي أن البنك لا يضطر إلى أن يدفع شيء من خزينته للمستفيد ، وفي هذا الفرض المتقدم لا يترتب للبنك مصدر الخطاب أي حق في الرجوع على العميل الأمر لأنه لم يدفع شيء بل على العكس من ذلك فإن البنك يلتزم برد الغطاء المقدم من قبل العميل للبنك مقابل إصدار خطاب الضمان الذي يمثل غالبا نسبة معينة من قيمة الخطاب الكلية ، لكن الأمر على خلاف ذلك في حالة قيام البنك بأداء قيمة الخطاب أو جزء منها فإن ذلك الدفع يترتب حقا للبنك بالرجوع على العميل الأمر^(٢).

يتبادر إلى الذهن السؤال التالي لمن يدفع البنك؟ استقر الرأي القانوني إضافة إلى العرف المصرفي وكذلك بعض التشريعات ومنها التشريع التجاري العراقي^(٣). أن حق المستفيد هو حق شخصي ولا يجوز أن ينقله إلى غيره سواء بالتظهير أو غيرها من وسائل وطرق التداول لأن خطاب الضمان ليس ورقة تجارية، بعبارة أخرى أن البنك يجب أن يدفع قيمة الخطاب إلى المستفيد شخصيا إلا أنه يجوز دفع قيمة الخطاب إلى الممثل القانوني للمستفيد أو أي شخص يحل محله قانونا^(٤).

واجب البنك بأخطار العميل قبل الدفع، هنا يثار تساؤل مهم مفاده هل يلتزم البنك قبل تنفيذ التزامه بالدفع بإخطار العميل بمطالبة المستفيد قبل صرف قيمة الخطاب ؟ للإجابة على هذا التساؤل ذهب الفقه إلى اتجاهين الأول قال بالتزام البنك بإخطار العميل قبل صرف قيمة الخطاب على أساس أن العميل قد قام بالوفاء بجميع التزاماته قبل المستفيد ويثبت ذلك الإيفاء بخلاء طرف أو إباء أو مخالصة صادرة من المستفيد إلى العميل، فلا حاجة إذن للبنك بدفع قيمة الخطاب، وذهب الرأي الثاني إلى أنه لا يتوجب على البنك القيام بإخطار العميل نيته القيام بالدفع بناء على

^١ المقدادي، عادل علي (٢٠٠٦)، عمليات البنوك وفقا لقانون التجارة العماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠، ط ١ ، عمان : المكتب الجامعي الحديث، ص ١٨٩ .

^٢ في ذلك نصت المادة ٢٩٢ من قانون التجارة العراقي على مايلي " إذا أوفى المصرف المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله بالرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي أوفاه ."

^٣ نصت المادة ٢٨٩ من القانون التجاري العراقي على ما يلي "لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلى الغير إلا بموافقة المصرف ."

^٤ النمري، احمد نبيل (١٩٨١)، مبادئ في العلوم المصرفية " دراسات تطبيقية وعملية "، ط ١، عمان: معهد الدراسات المصرفية - البنك المركزي الأردني، ص ٢٤٧.

مطالبة المستفيد لان العميل قد يعترض على الدفع في حين أن التزام البنك اتجاه المستفيد محدد بالدفع عند أول مطالبة من قبل المستفيد^(١). هذا ويؤيد الباحث الرأي القائل بإخطار العميل ولكن بعد عملية الدفع لكي يستطيع العميل الأمر من ترتيب وضعه وضبط تعامله مع المستفيد على أساس أن المستفيد قد حصل على قيمة الخطاب.

وقد يكون رجوع البنك على غطاء خطاب الضمان المقدم من قبل العميل الأمر. حيث أن خطاب الضمان يمكن أن يكون مغطى بصورة كلية أو بصورة جزئية، وقد ذهب الرأي الراجح إلى إمكانية البنك مصدر الخطاب من الرجوع على الغطاء المقدم لخطاب الضمان متى قام البنك بسداد قيمة الخطاب للمستفيد وفي حالة كان الخطاب مغطى بصورة جزئية يرجع البنك بين قيمة الغطاء الجزئي وقيمة الضمان، ويرجع البنك بالفرق الذي لم يدفع العميل شيئاً من قيمته بعد خصم قيمة الغطاء الجزئي^(٢).

الشرط الثاني: أن يتم الوفاء من قبل البنك بموجب الشروط التي ينص عليها الخطاب:

حيث لا يخلو أي خطاب ضمان من بعض البيانات المهمة ومنها مدة سريانه ومبلغه والغرض الذي صدر من اجله لذا يتحتم أن يكون وفاء البنك في حدود تلك الشروط المتفق عليها بين البنك وعميله في خطاب الضمان. ويجب لتحقيق هذا الشرط مجموعة من العناصر الأساسية وهي على الترتيب الآتي :

أولاً: أن يكون وفاء البنك خلال مدة سريان الخطاب :

الأصل أن يكون خطاب الضمان محدد المدة^(٣)، ويكون البنك مسؤولاً عن سداد قيمة الخطاب إلى المستفيد في أي وقت يطلبها خلال فترة صلاحية خطاب الضمان، سواء ذكرت في الخطاب، بشكل عام أو لم تذكر، ولا يجوز للبنك الامتناع عن السداد أو التحجج بالرجوع إلى العميل الأمر قبل الوفاء بالقيمة للمستفيد^(٤). ومن هنا يستنتج الباحث انه إذا قام البنك بالوفاء للمستفيد بالرغم من

^١ الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٣٢٥ - ٣٢٦ .

^٢ عبد العظيم، حمدي (١٩٩٦)، خطاب الضمان في البنوك الإسلامية، ط ١، القاهرة: المعهد العالي للبحوث الإسلامية، ص ٣٥ .

^٣ يمكن أن يكون خطاب الضمان غير محدد المدة ويجوز للبنك إنهائه بشرط إخطار العميل والمستفيد خلال مدة مناسبة من الوقت.

^٤ حمدي، خطابات الضمان في البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٨ .

انتهاء صلاحية الخطاب أو قام بالوفاء قبل تاريخ سريان الخطاب^(١). فإنه أي البنك يتحمل نتيجة فعله الخاطئ.

ثانياً: أن يكون وفاء البنك بموجب الشروط الواردة فيه (حرفية خطاب الضمان):

خطاب الضمان عملية مصرفية يعهد البنك بتنفيذها وفقاً للشروط المحددة في العقد بين العميل والبنك، أي على ضوء البيانات التي يملئها العميل على البنك ومن ضمن البيانات التي تدرج في متن خطاب الضمان قيمته وشخص المستفيد والمطالبة هل هي بسيطة أم تكون مشروطة بتقديم مستندات معينة وغير ذلك من البيانات التي يحتويها خطاب الضمان، حيث يجب على البنك التقيد بتلك البيانات الواردة بخطاب الضمان قبل الوفاء للمستفيد وإلا فقد حقه بالرجوع على العميل الأمر^(٢).

ثالثاً: أن يكون الوفاء من أجل الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان :

أوجبت بعض قوانين التجارة ومنها قانون التجارة العراقي في المادة ٢٨٧ تحديد الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان تعييناً واضحاً ودقيقاً يهدف إلى منع الجهالة لتجنب إثارة أي نزاع وذلك بأن يكون الغرض واحداً لمنع استعماله لإغراض متعددة^(٣).

الفرع الثاني

الأثر المترتب على رجوع البنك على العميل الأمر

أن الأثر الذي يترتب على رجوع البنك على العميل الأمر هو حله محل المستفيد في استيفاء ما دفعه من قيمة الضمان بالإضافة إلى العمولة والفوائد والمصاريف الأخرى حيث أن المبدأ في إمكانية الضامن الرجوع ضد الأمر بعد الوفاء مبدأ ثابت وغير مشكوك فيه وإضافة إلى ذلك فإنه غالباً ما ينص في صيغ خطابات الضمان صراحة على هذا الحق، وإن البنك يؤسس دعواه في

^١ يتضمن خطاب الضمان عادة تاريخين هما: تاريخ لبدء سريانه وآخر لانتهائه .

^٢ العكيلي، عزيز (٢٠٠٨)، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، ط١، عمان: دار الثقافة للنشر، ص ١٧٠ .

^٣ العبدلي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، مرجع سابق، ص ١٠٣ .

الرجوع على العميل بناء على العقد المبرم بينه وبين الأمر والذي يعد بمثابة عقد ائتمان خصوصا عندما ينص فيه على التزام الأمر بالدفع للبنك في حالة قيام الأخير بالأداء للمستفيد^(١).

أولاً: الرجوع بقيمة خطاب الضمان:

وهذا يعد أمر طبيعي لأنه بموجب عقد فتح الاعتماد بالضمان يحدد مقدار التزام البنك مبلغ معين، يدفعه عند مطالبة المستفيد، وان حدود التزام البنك محددة بموجب الخطاب بحث لايجوز أن يدفع اقل أو أكثر مما هو محدد في الخطاب، وان رجوعه على المستفيد يكون بمقدار ما دفع .

ثانياً: المصاريف الإدارية:

تتحمل البنوك في سبيل إصدار خطاب الضمان مجموعة من المصاريف وتوظف في سبيل ذلك عدد من الموظفين الذين يقومون بالإشراف وإصدار خطابات الضمان علاوة على رسوم التي تدفعها للدول في سبيل إتمام عملية الإصدار، لذلك يكون من حق البنك بالرجوع على العميل الأمر بمقدار تلك المصارف التي أنفقها البنك.

ثالثاً: الرجوع بالعمولة:

أن عملية إصدار خطابات الضمان تعود على البنوك بمبالغ يدفعها العميل الأمر كعمولة مقابل إصداره، حيث يهدف البنك إلى تقديم الخدمة لعملائه وتشجيعهم على فتح الحسابات الجارية والاعتمادات الضامنة^(٢)، لأن العمليات المصرفية تكون دائماً من أجل تحقيق الربح، لأجل ذلك فأن البنوك تتقاضى عمولة مقابل الضمان مما يعود على البنك بعائد مجز، ويختلف مقدار العمولة باختلاف نوع خطاب الضمان ومدته والغرض الذي يصدر من أجله، وقد يكون احتساب العمولة

^١ عمر، سليمان رمضان محمد(٢٠٠٩)، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، ط١، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ص ٢٩١ .

^٢ خيرى و الأمين(٢٠١٠)، الاعتمادات البنكية وخطابات الضمان طبقاً لقانون التجارة الجديد، مرجع سابق، ص ٧٨.

التي يتقاضاها المصرف محسوبة على أساس لوائح معينه تصدر من وزارة المالية، أو قد تحتسب بموجب الأنظمة الداخلية للبنوك^(١).

المطلب الثاني

شروط وآثار رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان المصرفي

البنك بموجب خطاب الضمان يرجع على العميل الأمر . هذا ما نصت عليه قوانين التجارة التي نظمت عملية إصدار خطابات الضمان المصرفية ومنها قانون التجارة العراقي^(٢)، وكما سبق وأن بينا في المطلب الأول أن هناك شروط وآثار لرجوع البنك على العميل الأمر إذا ما تحققت جاز للبنك أن يرجع على العميل الأمر بقيمة ما دفعه للمستفيد، وإلى جانب ذلك فإن هناك الحالات لا يستطيع فيها البنك من الرجوع على العميل الأمر، ويجب لكي يستطيع البنك من الرجوع على المستفيد من خطاب الضمان من توافر شروط ويرتب آثار معينه وهذا ما سنتناوله من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول

شروط رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان

هناك مجموعة من الشروط يمكن استنتاجها من أحكام خطاب الضمان يجب توفرها لكي يتمكن البنك من الرجوع على المستفيد وهي كالتالي :

أولاً: عدم قدرة البنك بالرجوع على العميل الأمر:

تبين لنا فيما سبق أن العلاقة فيما بين العميل والبنك هي علاقة عقدية أساسها عقد إصدار خطاب الضمان، وهنا يمكن أن توجد مخالفة واضحة من جانب البنك للشروط المتفق عليها في عقد إصدار خطاب الضمان التي تم الاتفاق عليها مع العميل، فإذا قام البنك بالوفاء بالمخالفة لهذه

^١ الضربير، الصديق محمد الأمين (٢٠١٠)، خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية، مجلة المشكاة، دون عدد، elibrary.mediun.mylbooks/MAL06512.pdf، تاريخ الدخول ٢٠١٥/٨/٧.

^٢ نصت المادة ٢٩٢ من قانون التجارة العراقي على مايلي " إذا أوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي أوفاه " .

الشروط كأن يكون السداد قبل سريان الخطاب أو بعد انتهاء سريانه^(١)، أو يكون البنك قد أدى مبلغ أكبر من قيمة الضمان، ففي هذه الحالات أي مخالفة البنك لتعليمات الأمر يفقد البنك حقه بالرجوع على العميل، بل قد يستطيع العميل إقامة دعوى على البنك وذلك في حالة الخطاب المغطى من قبل العميل وهي دعوى رجوع العميل على البنك لأنه غالباً ما يطلب البنك من العميل قبل الموافقة على إصدار خطاب الضمان لصالح الجهة المستفيدة أن يقوم العميل بتقديم غطاء كلي أو جزئي لخطاب الضمان، لكي يستوفي البنك قيمة الخطاب إذا ما طالب بها المستفيد، فإذا ما قام البنك بدفع قيمة الخطاب بالمخالفة للشروط المتفق عليها مع العميل الأمر كان يكون الدفع بعد انتهاء المدة المتفق عليها مع العميل، وقيام البنك باستيفاء قيمة الخطاب المدفوعة للمستفيد من الغطاء الذي قدمه العميل فإنه يتقرر للأخير حق الرجوع على البنك بما استوفاه من قيمة الغطاء دون وجه حق، ويكون حق رجوع العميل على البنك بمناسبة مخالفة البنك للعلاقة العقدية التي نشأ خطاب الضمان بمناسبةها والتي هي عقد فتح الاعتماد بالضمان، ويضاف إلى ذلك حالة قيام البنك بتمديد مدة الخطاب دون اخذ موافقة العميل فإن البنك يلتزم اتجاه المستفيد على أساس علاقة لا يرتبط بها العميل أي أن البنك يسأل اتجاه العميل الأمر إذا خالف تعليمات عميله بموجب عقد الاعتماد، أو أن يقوم البنك بإعطاء ضمان لمدة أطول من المدة المتفق عليها مع العميل^(٢).

مما تقدم يستنتج الباحث حالتين :

الحالة الأولى : قيام البنك بالسداد لقيمة خطاب الضمان وكان هذا الخطاب بدون غطاء، فإنه أي البنك لن يتمكن من الرجوع على الغطاء المقدم من قبل العميل لأنه غير موجود أصلاً، ولا من الرجوع على العميل الأمر بسبب مخالفته لشروط عقد الاعتماد بالضمان .

الحالة الثانية : كان خطاب الضمان بغطاء نقدي أو عيني، وأوفى البنك قيمة الخطاب بالمخالفة للشروط المتفق عليها مع العميل الأمر، ومع ذلك قام البنك باستيفاء ما دفعه للمستفيد من قيمة غطاء

^١ الأصل أن ينص على مدة سريان خطاب الضمان في متن الخطاب الموجه للمستفيد، أما إذا لم تحدد مدة الخطاب أي خطاب غير محدد المدة فإنه يحق للبنك أن ينهي صلاحية الخطاب في أي وقت بشرط إخطار العميل بذلك خلال مدة مناسبة من الوقت. انظر مصطفى، مدى استقلال البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ٨٩ .

^٢ عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، مرجع سابق، ص ٢٩٣ .

خطاب الضمان، ففي هذه الحالة يكون للعميل الأمر أن يرجع على البنك بما استوفاه من قيمة الغطاء بدون وجه حق^(١).

ومع انتفاء صفة التبرع في عمل البنك وعدم قدرته من الرجوع على العميل الأمر للأسباب الواردة أعلاه، فهل يقف البنك مكتوف الأيدي؟ يرى الباحث انه طبقاً للمبادئ العامة في التشريعات المدنية^(٢). أن للبنك الرجوع على المستفيد لاسترداد ما استلمه قيمة الخطاب بدعوى الاسترداد إذا لم يكن للمستفيد الحق فيما قبض من المستفيد .

ثانياً: هناك حالة يستطيع فيها البنك من الرجوع على المستفيد إلى جانب العميل الأمر:

ويشترط لتحقيق هذه الحالة توفر شروط الدعوى غير المباشرة ، ويتمثل ذلك في خطاب الضمان وذلك إذا كان المستفيد ليس له الحق فيما قبض من قيمة خطاب الضمان من البنك وكان للعميل الأمر الحق في الرجوع على المستفيد بما قبض من البنك، وكان هذا العميل لا يزال مديناً للبنك بقيمة الخطاب، ففي مثل هذه الحالة للبنك الرجوع على المستفيد عن طريق الدعوى غير المباشرة^(٣). وذلك لمطالبة مدين مدينه بالدين المترتب بذمته لمدين البنك إذا كان العميل الأمر مقصراً في تحصيل حقوقه، بعبارة أخرى أن المستفيد من خطاب الضمان مدين للعميل الأمر وهذا الأخير مدين للبنك في ذات الوقت لذلك فإن البنك يستعمل حقه في إقامة الدعوى غير المباشرة^(٤).

ثالثاً : وفاء البنك لقيمة خطاب الضمان مقترنا بغش واضح أو مطالبة تعسفية من قبل المستفيد:

من الالتزامات الأساسية للبنك بموجب عقد إصدار خطاب الضمان المبرم مع العميل الأمر والتي تمثل استثناء على مبدأ استقلال التزام البنك عن العلاقات فيما بين العميل والمستفيد هي الالتزام بعدم الوفاء في حالة صدور غش من المستفيد أو مطالبة تعسفية، فمتى ما كان المستفيد متعسفاً في طلبه أو شابت مطالبته غش واضح لا يمكن إنكاره، فإن على البنك الامتناع عن السداد

^١ هناك حالة تمنع البنك من الرجوع على العميل الأمر وهي سداد البنك قيمة خطاب الضمان لغير الغرض الذي صدر من اجله خطاب الضمان وقد نص المشرع التجاري العراقي عليها في المادة (٢٩٣) التي نصت على مايلي: " لايجوز للبنك السداد بقيمة خطابات الضمان من اجل غير الغرض الذي صدر من اجله خطاب الضمان "

^٢ المواد، (٢٩٦-٣٠٠) من القانون المدني الأردني وكذلك المادة ٢٣٣ والمادة ٢٣٥ من القانون المدني العراقي.

^٣ نظم المشرع الأردني أحكام الدعوى غير المباشرة في القانون المدني الأردني في المواد ٣٦٦-٣٦٧.

^٤ أبو صد، أحكام خطابات الضمان المصرفية، مرجع سابق، ص ١٤٩ .

للمستفيد بناء على تلك المطالبة المنطوية على الغش البين، أما إذا لم تكن مطالبة المستفيد منطوية على غش أو تعسف فإن البنك ملتزم بالسداد الفوري عند مطالبة المستفيد بقيمة الضمانة، هذا ما ذهب إليه اغلب الفقه^(١). في هذا الموضوع لان مبدأ الغش يفسد كل شيء، وكذلك فإن جانب حسن النية هو الذي يجب أن يسود كافة المعاملات التجارية وكذلك أن الغش يجب أن يرد على صاحبه لا أن يكون وسيلة تجر إلى منفعة غير مشروعة، ولكن أن الدفع بالغش يجب أن يتحدد نطاق تطبيقه بحذر شديد لكي لا يكون وسيلة يستخدمها الأمر أو البنك للإفلات من مطالبة المستفيد بقيمة خطاب الضمان واحترام التعهد الصحيح المنتج لأثاره، لذا يقترح الفقهاء أن يقتصر الرفض على الحالات التي يكون فيها الغش ماسا بشروط التنفيذ ذاتها، ومثال ذلك أن يكون المطلوب بالتنفيذ والمقدم إلى البنك غير صادق فيما يثبته ويكون لدى البنك دليل واضح على كذبه، وكذلك فإن للتأكيد الصادر من قبل العميل الأمر بعدم تنفيذ المستفيد لالتزاماته متى كان ذلك التأكيد يوضح مخالفة المستفيد وكان ذلك شرطا في الخطاب لوفاء البنك بتعهده وكان لدى البنك دليلا على كذب المستفيد، فإن على البنك بل من الواجب عليه أن يمتنع عن السداد، وإلا كان مسؤولا أمام العميل الأمر بل قد يفقد حقه بالرجوع على العميل بما دفع^(٢).

من خلال ما تقدم يستنتج الباحث انه إذا كانت مطالبة المستفيد بقيمة الخطاب منطوية على غش واضح أو تعسف وقام البنك بالوفاء بالرغم من ذلك فانه يمتنع عليه الرجوع على العميل الأمر بما كان قد أداه للمستفيد من قيمة الضمان، وفي حال عدم إمكانية الرجوع فإن البنك لا محال سوف يطالب المستفيد بقيمة ما اخذ دون وجه حق .

الفرع الثاني

الأثر المترتب على رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان

قلنا أن البنك في حالة قيامه بدفع قيمة خطاب الضمان، وعدم قدرته في الرجوع على العميل الأمر بسبب مخالفته لحرفية خطاب الضمان أو قيامه بالدفع بالرغم من وجود غش أو تعسف واضح من المستفيد، فانه أي البنك يسعى جاهدا لاسترداد ما دفعه للمستفيد، وبما أن القانون التجاري الأردني لم يتناول خطاب الضمان بالرغم من وجودها في العمل المصرفي وكذلك قانون التجارة العراقي الذي نظم عملية إصدار خطابات الضمان لكن لم يتناول عملية رجوع البنك على المستفيد،

^١ عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مرجع سابق، ص ٣٥٤.

^٢ أثار خطاب الضمان البنكي، www.blog.saeed.com . تاريخ الدخول ٢٠١٥/٧/٣ .

ففي هذه الحالة يكون أمام البنك اللجوء إلى القواعد القانونية الواردة في القانون المدني للمطالبة باسترداد ما دفعه للبنك وذلك على أساس الكسب بلا سبب ورد غير المستحق، وسنحاول في هذا المقام إلى التعرف على من خلال النصوص الواردة في القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي، ومن ثم بيان اثر رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان.

إذا قام البنك بعملية وفاء قيمة خطاب الضمان قبل بدء سريانه أو بعد انتهاء مدته، فيعد هذا الوفاء مخالفا لشروط العمل الأمر، وكذلك فإن التزام البنك قبل المستفيد يعتبر منتهيا، ففي هذه الحالة حسب رأي الباحث لا تكون مطالبة المستفيد مستندة إلى سبب شرعي، وفي ذلك نصت المادة ٢٩٣ من القانون المدني الأردني على ما يلي "لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي فإن أخذه فعليه رده" وكذلك نصت المادة ٢٩٤ الفقرة الأولى من ذات القانون التي نصت على مايلي "من كسب مالا من غيره من دون تصرف مكسب وجبت قيمته لهذا الغير ما لم يقضي القانون بغير ذلك" وبما أن البنك يكون ملتزما اتجاه المستفيد بقيمة خطاب الضمان بصفته أصيلا وهذه النقطة تعد من أهم خصائص خطاب الضمان فإن دفع البنك لقيمة الخطاب قبل بدء سريانه يرتب عدم قدرة البنك بالرجوع على العمل الأمر، فإن للبنك مطالبة المستفيد برد ما أخذه من قيمة الخطاب وفي ذلك جاءت المادة ٢٩٦ من القانون المدني الأردني حيث نصت على مايلي "من أدى شيئا ضانا انه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه" وكذلك المادة ٢٩٧ من ذات القانون التي نصت على مايلي "يحق استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لدين لم يتحقق سببه أو لدين زال سببه بعد أن تحقق" ويرى الباحث انه سبب تحقق صحة المطالبة من قبل المستفيد أن يكون دخول خطاب الضمان حيز النفاذ.

أما بالنسبة للتشريع المدني العراقي فقد نص على أحكام قد تكون مشابهة إلى حد ما لما ورد في التشريع المدني الأردني في مجال الكسب بلا سبب ورد غير المستحق حيث نصت المادة ٢٣٣ الفقرة الأولى على مايلي "من دفع شيئا ضانا انه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق" وكذلك نص المادة ٢٣٥ الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي التي نصت على مايلي "إذا أوفى المدين التزاما لم يحل اجله ضانا انه قد حل فله استرداد ما دفع" هنا يكون البنك مدينا اتجاه المستفيد ويجب عليه أن يدفع قيمة الخطاب لكن بشرط حلول نفاذ خطاب الضمان.

يكون هناك كسب بلا سبب إذا اغتننت ذمة شخص بسبب افتقار ذمة آخر ولم يكن هناك ما يبرر هذا الاغتناء من وجهة نظر القانون، ويعرف الكسب دون سبب بأنه الدعوى التي يستطيع فيها

شخص تسبب في إثراء الغير على حسابه دون أن يكون ملتزماً قانوناً بهذا الإثراء، من استرداد الإثراء الذي تسبب فيه^(١).

الأثر الذي يترتب على رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان بناء على سداد البنك لقيمة الخطاب وتعذر رجوعه على العميل الأمر أن يرجع على المستفيد لاسترداد ما دفعه إليه وذلك متى ما ثبت أن المستفيد توصل إلى قيمة خطاب الضمان عن طريق الغش أو أن البنك قد ارتكب خطأ في عملية السداد^(٢).

ومع قلة الأحكام القضائية التي تقرر رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان وعدم وجود النص التشريعي، فإن عملية رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان لا تخلو من صعوبة في تحديدها ودراساتها من الناحية العملية، لكن هناك حكم لمحكمة النقض المصرية في ١٦ مايو ١٩٧٢ الذي نص على مايلي "إذا أوفى البنك للجهات المستفيدة قيمة خطابات الضمان بعد انقضاء الميعاد المحدد فيها وبعد مد أجلها ودون موافقة ورثة المستفيد من خطابات الضمان وكانت المطالبة قد صدرت أثناء سريان المدة الأصلية، وكان هذا الوفاء قد عاد بمنفعة على المستفيد هي براءة ذمته من الدين الذي لم يسبق الوفاء به كلياً أو جزئياً، ولا يقوم بهذا الدين سبب من أسباب البطلان أو الانقضاء وكان هذا الوفاء قد أدى إلى افتقار البنك فإن للبنك أن يطالب باسترداد ما دفعه على أساس المادتين ١٧٩ و ٣٢٤ من القانون المدني الخاصتين بالإثراء بلا سبب وقيام الغير بوفاء الدين"^(٣). ويكون الرجوع بكل ما أنفقته البنك في حدود قيمة الضمان والفوائد والمصاريف التي تحملها البنك^(٤). وجدير بالذكر أن خطابات الضمان تكون على عدة صور، فمنها الخطابات الداخلية والخطابات الخارجية، وتقسم من حيث الغرض منها إلى خطابات ضمان ابتدائية ترفق بالعرض أو العرض المقدم في المناقصات أو المزادات، وهناك خطابات ضمان كمركية تطلب لغرض حفظ حقوق الخزينة العامة في الدولة، وهناك نوع آخر من الخطابات هي خطابات الضمان المهنية وتطلب ممن يرغبون في مزاولة تلك المهنة ضماناً لحسن أداء تلك المهنة^(٥).

^١ تعريف حسن علي الذنون، مشار إليه في الحكيم، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٦١٠.

^٢ عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

^٣ نقض ١٦ مايو ١٩٧٢، مجموعة النقض ٢٣، ص ٩١٩. مشار إليه في عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مرجع سابق، ص ٤١٦.

^٤ انظر المواد (٢٩٩-٣٠٠) من القانون المدني الأردني وكذلك المادة (٢٣٣) الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي.

^٥ العبد لي، آثار خطاب الضمان، مرجع سابق، ص ١٦.

المبحث الثاني

أحكام مهمة في خطاب الضمان

في هذا المبحث سوف يتناول الباحث بعض الأحكام المهمة في مجال خطابات الضمان المصرفية والتي تؤثر على التزامات الأطراف المتعاقدة وهي عملية تمديد خطاب الضمان أو تعديله، لما لذلك من أثر مهم على التزام البنك وكذلك عملية رجوع البنك سواء على العميل الأمر أو على المستفيد إذا كان له مقتضى، لأنه كما نعلم أن خطاب الضمان يصدر بصيغة معينة بالاتفاق مع العميل الأمر من ناحية قيمة وطريقة السداد التي يتوجب الدفع فيها ومكان المطالبة بقيمة الضمانة ، ولأن التزام البنك اتجاه المستفيد تكون محدد بحرفية الخطاب لذا لا بد من تحديد الأسس التي يجب أن تراعى في عملية تمديد خطاب الضمان أو تعديله وسيتم ذلك من خلال مطلب أول تحت عنوان تمديد خطاب الضمان أو تعديله.

ومن الأحكام المهمة في خطاب الضمان برأي الباحث هي أثر التحكيم على التزام البنك، خاصة وأنه في الوقت الحاضر ازداد الاهتمام بالطرق البديلة لفض المنازعات وخاصة التجارية منها ومن خلال التحكيم لما يتميز به من مميزات تجعله في مكان مهم ومن هذه المميزات هي المحافظة على سرية العلاقات التجارية و التوفير في الوقت والجهد والمال، وسيتم بحث التحكيم في خطابات الضمان وأثر ذلك على التزام البنك في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تمديد وتعديل خطاب الضمان

قد تطرأ بعض الأمور والمستجدات بعد صدور خطاب الضمان، تقتضي تغيير بعض بيانات أو شروط الخطاب ، ولهذا التغيير أو التجديد صلة وثيقة بالاتفاق على إصدار خطاب الضمان لأنه ليس إلا تعديلا لهذا الاتفاق ، كما أن ذلك له أهمية كبيرة بالنسبة للمستفيد من خطاب الضمان الذي ترتب له حق بالخطاب على وجه لا يقبل نقضا حتى ولو اجتمعت إرادة العميل الأمر والبنك على حد سواء ، وقد تقترب المدة التي يكون فيها خطاب الضمان ساري المفعول دون أن تنتهي العملية التي صدر خطاب الضمان من أجلها فتدعو الحاجة العميل إلى الطلب إلى البنك مد أجل خطاب الضمان لكي يتفادى طلب المستفيد صرف قيمته^(١). هاتان المسألتان: تعديل خطاب الضمان وتمديده ما سنبحثه من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول

^١ علم الدين، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، مرجع سابق، ص ٧٥ .

تعديل خطاب الضمان

يبدأ التزام البنك بموجب خطاب الضمان من وصوله إلى علم المستفيد ولم يعترض عليه خلال مدة مناسبة، ولكن في حالة تلقي المستفيد لخطاب الضمان أن يعترض على ما يحتويه من شروط خلال مدة معقولة، تكون كافية للبحث على سبيل المثال في مبلغ الخطاب من ناحية كون مبلغ الخطاب هو التأمين المطلوب وما إذا كانت شروطه تناسب المستفيد أم لا من حيث مدته وقيمته، لأنه المستفيد من خطاب الضمان له الحرية الكاملة في قبول أو رفض الخطاب الموجه إليه، بشرط أن يقوم المستفيد برفض الخطاب خلال مدة معقولة، أما إذا لم يرفضه خلال هذه المدة المناسبة فإنه يعتبر قابلاً به، وبعد قبول المستفيد للخطاب الموجه إليه من قبل البنك أو عدم الاعتراض عليه خلال مدة مناسبة لا يملك طلب تعديل الخطاب لأنه استمد حقه من الخطاب وبالحدود المبينة فيه^(١).

أن للمستفيد من خطاب الضمان عندما يتلقى خطاب الضمان الحق في الاعتراض على محتوياته خلال مدة معقولة تكون كافية للنظر في محتوياته من حيث مبلغه ومدى كفايته للتأمين المطلوب وما إذا كانت شروطه تناسبه أم لا، فإذا لم يعترض ثبت حقه الناشئ بموجب الخطاب وأصبح البنك هو الملتزم اتجاهه بمبلغ الخطاب الذي هو في الأصل مبلغ التأمين الذي طلبه المستفيد من العميل وفي نفس الوقت تبرأ ذمة العميل قبل المستفيد من الالتزام بالتأمين بعد أن قدم إليه مديناً موثقاً ببساره وقدرته على الدفع عند أول مطالبة وهو البنك^(٢).

وان الغاية من عدم إمكانية المستفيد بعد موافقته على شروط خطاب الضمان طلب تعديله هو على اعتبار أن التزام البنك التزاماً باتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد، مما يجعل من خطاب الضمان صالحاً لتأدية الوظيفة والغاية التي من أجلها وجدت عملية الضمان وهي كونه بديلاً من التأمين النقدي الذي يشترط المستفيد إيداعه، سواء لضمان جدية التعاقد أو عند التعاقد لضمان حسن التنفيذ^(٣).

^١ الشواربي، عبد الحميد (٢٠٠٥)، عمليات البنوك في ضوء الفقه - القضاء - التشريع - وصيغ العقود والدعاوي التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دون طبعة، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص ٣٨.

^٢ علم الدين، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، مرجع سابق، ص ٧٦.

^٣ الشواربي، العقود التجارية، مرجع سابق، ص ٥٥٦.

وكما قلنا سابقا انه بعملية إصدار خطاب الضمان وتسليمه للمستفيد وعدم الاعتراض عليه فلا يجوز العودة على البنك بالتعديل إلا بموافقة أطراف خطاب الضمان الثلاثة وهم العميل والبنك والمستفيد^(١). حيث قد يحدث في حالات معينة وخلال مدته أن يتفق الأطراف على إجراء تعديل على خطاب الضمان في ضوء العلاقات التعاقدية فيما بينهم، وغالبا ما يتناول التعديل الأمور الآتية وهي زيادة أو تخفيض قيمة خطاب الضمان أو تمديد أو تقصير مدة سريان الخطاب أو تعديل شرط من الشروط التي يتضمنها الخطاب، وحتى يتسنى إجراء التعديل المطلوب فلا بد من إجماع أطراف خطاب الضمان لان أي تعديل هو بمثابة تعديل للعقد المبرم بين العميل والبنك، وكذلك أن التعديل يجب أن لا ينتقص من حقوق المستفيد الثابتة بموجب خطاب الضمان^(٢). وفي رأي الباحث انه إذا تم الاتفاق بين الأطراف على تعديل خطاب الضمان، فأن هذا التعديل يجب أن لا يمس الشروط الأساسية والجوهرية لخطاب الضمان الذي تم الاتفاق عليها، وإلا كنا بصدد عملية إصدار خطاب جديد. أما من ناحية تأثير تعديل خطاب الضمان على البنك المصدر له فانه يلتزم بموجب الشروط التي تم الاتفاق عليها، ولا بد من مراعاتها في عملية السداد إذا طلب المستفيد ذلك وإلا كان مسؤولا عن مخالفة الشروط التي تم تعديلها باتفاق الأطراف.

الفرع الثاني

تمديد خطاب الضمان

ويدرس هذا الموضوع تحت عنوان المطالبة بالدفع أو تمديد خطاب الضمان، لان خطاب الضمان يقوم على شرطين هي الدفع عند أول مطالبة وعدم الالتفات إلى معارضة العميل، وهذان الشرطان صحيحان ولايتعارض وجودهما مع النظام القانوني للعلاقات بين الأطراف في خطابات الضمان، وقد جرى العرف المصرفي على انه إذا أوشكت مدة سريان خطاب الضمان على الانتهاء دون التحقق بأن العميل قد نفذ التزاماته في مواجهة المستفيد بادر الأخير إلى مطالبة البنك بدفع قيمة الخطاب أو مد مدته التي شارفت على الانتهاء^(٣).

^١ الوادي، كامل (دون سنه)، الأعمال المصرفية والقوانين المنظمة لها، ج١، الإمارات العربية المتحدة: دار اليماني للطباعة والنشر، ص ١٦٠ .

^٢ إضائات مالية ومصرفية - خطاب الضمان، دولة الكويت: معهد الدراسات المصرفية،
www.kibs.edu.kw/upl/guarfeel.pdf ، تاريخ الدخول ٢٠١٥/٤/١ .

^٣ الكيلاني ، عمليات البنوك الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، مرجع سابق، ص ٢٦٥ .

أولا : المطالبة بالدفع:

أن المطالبة بالدفع هو الإجراء الذي يقوم به المستفيد ويطلب بموجبه البنك مصدر الخطاب بدفع قيمته ، ونتيجة تلك المطالبة هي التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان ، لان خطاب الضمان يصدر على الأغلب محدد المدة ^(١). ويكون التزام البنك بالوفاء خلال تلك المدة وحتى التاريخ المحدد لنفاذه، وتأسيسا على ذلك فأن قيمة خطاب الضمان تبقى ملك البنك مادام المستفيد لم يطلب بها، إما في حالة قيام المستفيد بطلب قيمة خطاب الضمان فينشأ له المركز القانوني مجسدا في الحق الذي يمثله خطاب الضمان وهو قيمته بما يعني أن ذمة البنك تصبح مشغولة لصالح المستفيد بمبلغ مستحق وهو المبلغ الثابت في خطاب الضمان، وان التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان هو الالتزام الرئيسي ويتوجب عليه أن يبادر إلى تلبية طلب المستفيد بالدفع ولكن إذا كانت المطالبة مقترنة بشرط معين كتقديم مستند ما فان ذلك لا يعني أن التزام البنك تابع لالتزام العميل لان الأصل أن البنك يتعهد بموجب الخطاب عند أول طلب من المستفيد في الحدود الواردة في وثيقة خطاب الضمان، وإذا تراخى البنك بالدفع يعرضه للمساءلة عن الضرر الذي يسببه للمستفيد، لكن الوضع الغالب أن تصدر خطابات الضمان غير مشروطة ^(٢).

ثانيا: مد اجل خطاب الضمان:

يقع طلب تجديد أو تمديد مدة خطاب الضمان من قبل المستفيد، وذلك إذا مضت مدة الخطاب دون أن تنتهي العملية التي التزم العميل بإنجازها، أو أن يقوم العميل بالطلب إلى البنك إطالة مدة الخطاب لمدة أطول ليتفادى مطالبة المستفيد بقيمة الخطاب، لكن الطلب من قبل العميل بتمديد مدة الخطاب لا يقيد المستفيد، فله أي المستفيد أن يتمسك بدفع قيمة الخطاب وان يرفض التمديد ^(٣).

أن التزام البنك يبقى ساريا طيلة مدة صلاحية خطاب الضمان، وصلاحيه خطاب الضمان تتمثل في مدته وتعتبر نهاية المدة الحد الأقصى الذي يسقط بنهايتها حق المستفيد في الرجوع على البنك، لان حق المستفيد ينشأ منذ وصول الخطاب إليه وعمله به حتى التاريخ المحدد للنفاذ وكل مطالبة بعد نهاية اجل الخطاب تعتبر غير ملزمة للبنك، هذا في الخطاب المحدد المدة ولكن قد يصدر البنك خطاب ضمان غير محدد المدة ومثل هذا الخطاب يبقى ساري المفعول إلى أن ينهي

^١ يمكن إصدار خطاب ضمان غير محدد المدة ويمكن للبنك إنهائه بشرط إخطار الأطراف خلال مدة مناسبة.

^٢ الكيلاني، عمليات البنوك الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، ص ٢٦٦ .

^٣ علم الدين، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، مرجع سابق، ص ٨٠ .

البنك بإرادته المنفردة بشرط أن ينذر العميل والمستفيد خلال مدة مناسبة، وتحديد المدة المناسبة يترك لتقدير المحكمة إذا حدث نزاع حولها، وان معيار المدة المناسبة يختلف من عملية إلى أخرى حسب قيمتها أو ملابساتها^(١).

وعلى ذلك فان النتيجة بشأن تمديد مدة خطاب الضمان تتلخص في أن المستفيد يمكنه الطلب من العميل تمديد المدة قبل انتهائها ويسعى العميل إلى البنك ليطلب التمديد لصالح المستفيد فإذا ما وافق البنك على ذلك امتدت المدة إلى التاريخ الجديد الذي وافق عليه البنك كما يجوز للمستفيد الطلب إلى البنك مصدر الخطاب لتمديده وفي مثل هذه الحالة أما أن يرفض البنك الطلب المقدم من قبل المستفيد وهذا من حقه، أو أن يرجع البنك إلى العميل ليسأله رأيه فإذا أجاز العميل ذلك يكون للبنك وفق مصلحته أن يقبل التمديد، ويترتب على ذلك انه ليس للبنك أن يستقل دون موافقة العميل بمد أجل الخطاب عن مدته الأصلية دون موافقة العميل^(٢).

أن تمديد خطاب الضمان له ما يبرره ويحقق مصالح أطراف الخطاب فمن ناحية المستفيد فانه يستفاد من سريان الضمان الموجه إليه من قبل البنك لفترة أطول، خاصة إذا كان العميل قد شارف على إنهاء ما التزم به بموجب عقد الأساس الذي يربطه مع المستفيد، وكذلك فان من مصلحة البنك الموافقة على طلب التمديد من قبل المستفيد، لأنه للمستفيد الحق في طلب قيمة الخطاب طالما كان ساريا، وان من مصلحة البنك تجنب الدفع لما سيحصل عليه من رسوم إضافية من العميل بعد إشعاره بمقابل عملية التمديد وأخيرا فأن مصلحة العميل أيضا متحققة من خلال تجنب تحصيل المستفيد لقيمة الخطاب مما يجنبه خسارة استيفاء البنك لقيمة ما دفعه للمستفيد الغطاء المقدم للبنك أو الفرق بين قيمة الغطاء وقيمة ما دفعه البنك إذا كان الغطاء جزئيا^(٣).

هذا ويرى الباحث انه يتوجب على البنك مراعاة القواعد والأعراف التجارية بشأن تمديد أو تعديل خطاب الضمان لان أي دفع لقيمة خطاب الضمان من قبل البنك سواء بالمخالفة للشروط الواردة في وثيقة خطاب الضمان أو بعد انتهاء أجل الخطاب دون تمديده حسب الأصول المتبعة في عملية التمديد يؤدي إلى نهوض مسؤولية البنك اتجاه تلك المخالفة وعدم قدرته بالرجوع على العميل الأمر جراء مخالفة تلك الشروط، مما يدخل البنك في إشكاليات قانونية معقدة تتمثل في محاولة استرجاع ما دفعه للمستفيد من قيمة الخطاب وقد لا يفلح في ذلك .

^١ الكيلاني، عمليات البنوك الكفالات المصرفية وخطابات الضمان، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

^٢ المرجع ذاته، ص ٢٦٩.

^٣ الوادي، الأعمال المصرفية والقوانين المنظمة لها، مرجع سابق، ص ١٦٢ .

المطلب الثاني

التحكيم في خطابات الضمان واثـر ذلك على التزام البنك

أن تحديد حقوق والتزامات الأطراف في خطابات الضمان المصرفية وتنظيمها في إطار العبارات المدرجة في وثيقة خاب الضمان بصورة دقيقة يؤدي إلى إشاعة الاطمئنان بين أطراف العلاقة وتشجيعهم للاستمرار فيها إلى نهايتها وتحقيق الغرض منها في خطابات الضمان وهي كونها بديلا عن التأمين النقدي . لذلك قد يسعى الأطراف في خطابات الضمان للحصول على وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات الناتجة عن خطابات الضمان^(١). ومن هذه الوسائل هي التحكيم نظرا للمميزات العديدة التي يتميز بها، وسوف نتطرق إلى هذا الموضوع من خلال الفرعين الفرع الأول سيتناول ماهية التحكيم، أما الفرع الثاني فسوف يكون عن التحكيم في خطابات الضمان المصرفية واثـر ذلك على التزامات البنك .

الفرع الأول

ماهية التحكيم

في البداية لابد من التطرق إلى التحكيم في التشريعين الأردني والعراقي، حيث يعتبر الأردن في مقدمة الأقطار العربية من حيث الاهتمام بالتحكيم من الناحية التشريعية، فقد انفرد الأردن بتشريع أول قانون مستقل يعنى بالتحكيم وهو قانون رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ في حين كانت الأقطار العربية تتطرق إلى التحكيم ضمن تشريعاتها المدنية وقد جاء قانون التحكيم الجديد رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ ليحل محل القانون القديم^(٢). متأثرا بالتوجهات الحديثة في مجال التحكيم وخصوصا القانون الأساسي الذي وضعته الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٥ الخاص بالتجارة الدولية^(٣).

^١ الربيعي، إبراهيم إسماعيل إبراهيم والخيكان، ماهر محسن عبود (٢٠١١)، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، ٣(٢)، ٧٠-٩٧، بابل: جامعة بابل، ص ٢.

^٢ انظر المادة ٥٥ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ المنشور على الصفحة ٢٨٢١ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ في ١٦/٧/٢٠٠١.

^٣ الجازي، عمر مشهور، (٢٠٠٣)، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١، ص ١ ، تاريخ الدخول www.iar.com/pdf ،

٢٠١٥/٩/٢١.

إما بالنسبة للتحكيم في العراق فنجد أن قانون المرافعات العراقي المعدل رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩^(١). لم يشير إلى تعريف التحكيم، لكنه أجاز الاتفاق على التحكيم بين الأطراف في نزاع معين لكن القانون المذكور لم يفرق بين شرط التحكيم أو مشارطه التحكيم لأنه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين أو جميع أنواع النزاعات التي تحدث عن تنفيذ عقد معين، وهناك قرار لمحكمة تمييز العراق رقم ٣٦٣ مدنية أولي ٧٤ في ١٩٧٥/٢/٥ قرر أن التحكيم في القانون هو نوع واحد حسب المادة ٢٥١ من قانون المرافعات وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتيب آثاره هو أن يكون ثابتاً بالكتابة حسب نص المادة ٢٥٢ المعدلة من قانون المرافعات ويستوي أن يكون الاتفاق على التحكيم قد تم وقت التعاقد أو تم باتفاق مكتوب مستقل أو تم الاتفاق عليه بعد حدوث النزاع وأثناء المرافعة يتضح لنا من خلال ما قررته محكمة التمييز أنه يجوز الاتفاق على التحكيم وقت التعاقد بان يرد كشرط ضمن العقد (شرط التحكيم) وكذلك الاتفاق على التحكيم عن طريق عقد مستقل وهو (مشارطه التحكيم)^(٢).

والتحكيم هو طريقة أو نظام للفصل في المنازعات بين الأطراف سواء كانت مدنية أو تجارية عقدية كانت أو غير عقدية^(٣). فالتحكيم يقوم على أساس الخروج على طرق التقاضي العادية فيعتمد أساساً على أن أطراف النزاع هم من يقومون باختيار قضاتهم بدلاً من الاعتماد على النظام القضائي للدولة التي يقيمون فيها، ويسمونه بهيئة التحكيم وتتكون من محكم واحد أو أكثر حسب مقتضى الحال، أما من ناحية الطبيعة القانونية للتحكيم فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فأضفى عليه البعض الطبيعة القضائية انطلاقاً من طبيعة عمل المحكم التي تشابه عمل القاضي، بينما ذهب البعض الآخر إلى تبني العلاقة العقدية للتحكيم استناداً إلى أن أساس التحكيم هو إتفاق الأطراف، بينما ذهب رأي ثالث وهو الرأي الراجح إلى اعتبار التحكيم مزيج بين الاتفاق والعمل ذو الطبيعة القضائية لان أوله اتفاق وفي أوسطه إجراء وفي نهايته حكم^(٤).

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٧٩٠ التحكيم بأنه " عبارة عن اتخاذ الخصمين حكماً يرضانها لفصل خصومتها ودعواهما " أي عرض النزاع على شخص معين أو عدة أشخاص ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة ومن حيث المبدأ يعد التحكيم طريقاً استثنائياً لحل

^١ قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المنشور على الصفحة ٤٧٧ من عدد الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) رقم ١٧٦٦ في ١٠/١١/١٩٦٩.

^٢ الربيعي و الخيكاني، التحكيم ضماناً إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٧٣.

^٣ انظر المادة ٣ من قانون التحكيم الأردني.

^٤ العجيلي، حاتم خليفة برسيم (٢٠١٢)، مقترح تطوير التحكيم العراقي من خلال دراسة مقارنة لبعض القوانين العربية، مجلة الهندسة والتنمية، ٢ (١٦)، ١٨٠٣-١٨١٣، بغداد: الجامعة المستنصرية، ص ٢٠.

المنازعات والذي قد يكون المرحلة الأخيرة لحل النزاعات بين أطراف العقد كعقد خطاب الضمان المصرفي، لذا يمكن القول أن التحكيم عقد يتفق بموجبه شخصان أو أكثر بأن يحال النزاع على شخص أو أكثر للفصل فيه وقد يكون هذا النزاع قائم فعلاً أو متوقع الحدوث مستقبلاً بخصوص تنفيذ الأطراف لعقد ما بينهم بدلاً من اللجوء إلى القضاء، ويطلق بعض فقهاء القانون على عملية التحكيم تسمية القضاء الخاص لعدم تدخل الدولة بما لديها من سلطة قضائية في تأليف هيئة التحكيم ونفوذها رغم تطبيق قوانينها لأن من يدير محكمة التحكيم أشخاص ليسوا قضاة^(١).

هذا ويرى الباحث أن التحكيم في العمليات المصرفية ومن ضمنها عملية إصدار خطابات الضمان المصرفية أنه إحدى الوسائل التي يلجأ إليها الأطراف في عملية إصدار خطاب الضمان لحل الخلافات والمنازعات التي تحدث بمناسبة خطاب الضمان، لأنه في عملية إصدار خطاب الضمان تكون هناك علاقات متعددة فيما بين الأطراف وهم العميل الأمر والبنك والمستفيد من خطاب الضمان، وبما أن هذه العلاقات تتميز بالتعدد والتشابك، فإنه يحتمل أن تثار بعض الاختلافات بين الأطراف، ومن هذه الخلافات ممكنه الحدوث هي عند قيام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان عند طلب المستفيد لأنه كما نعلم أن خطاب الضمان بصورته البسيطة يكون واجب الدفع من قبل البنك عند أول مطالبة، وقد يقوم العميل الأمر الذي يرتبط بالمستفيد بعقد الأساس بالاعتراض على عملية الدفع لأسبابه الخاصة كان يكون قد قام بتنفيذ التزاماته على أتم وجه، أو قد يمتنع العميل الأمر عن الوفاء للبنك بقيمة ما دفعه من مبلغ خطاب الضمان، لأسباب قد تتعلق بمخالفة البنك لشروط الخطاب وصيغته . هنا يمكن أن يتم اللجوء إلى التحكيم للنظر في هذه الإشكاليات الناتجة عن خطابات الضمان من أجل الحفاظ على مصالح الأطراف وعدم تفويت الفرصة عليهم في حل النزاعات بصورة تنسم بالسرعة والسرية التي قد تكون ملازمة للعمليات المصرفية^(٢).

نأتي الآن إلى بيان الهدف من التحكيم وأهميته حيث يعتبر التحكيم من الوسائل الفعالة التي يلجأ إليها المتخاصمون للفصل في المنازعات التي تثار فيما بينهم لاسيما التجارية منها، سواء على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي، وتزداد أهمية التحكيم للفصل في المنازعات المصرفية التي تحدث فيما بين البنوك وعملائها، لأن مثل تلك المنازعات يكون من الضروري

^١ العجيلي، (٢٠١٢)، مقترح تطوير التحكيم العراقي من خلال دراسة مقارنة لبعض القوانين العربية، مرجع سابق ص ٢٠.

^٢ جاسم، أسيل باقر (٢٠١٣)، التحكيم في المنازعات المصرفية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ١ (٥)، ٢١٦-١٨٦، بابل: جامعة بابل، ص ١٨٦ .

قصر أمد التقاضي وتبسيط الإجراءات لان أساس تلك النزاعات تكون النقود والتي تكون عرضة للتقلبات من وقت لآخر وما يترتب على ذلك من خسائر أو تفويت فرصة تحقيق الإرباح^(١). كما يهدف التحكيم إلى تحقيق مصالح الخصوم لما يتميز به من مميزات منها فسخ المجال للخصوم اختيار محكمين أصحاب تخصص دقيق في موضوع النزاع كالفنيين والمهندسين أو محاسبين يساهم كل ذلك في فهم سريع ودقيق لموضوع النزاع وبالتالي تحقيق العدالة الناجزة، كما يوفر التحكيم الطمأنينة وبصورة خاصة للشركات الكبرى ذات السمعة التجارية والتي لا ترغب بالخضوع لقوانين لا تعرفها، كما يضاف إلى ذلك ما يوفره التحكيم من السرية التي تكون مطلوبة في بعض أنواع المنازعات التجارية والتي لا يرغب الأطراف في إطلاع الآخرين عليها لان ذلك له تأثير على مكانة تلك الشركات التجارية^(٢).

ولكي يستطيع أطراف أي عقد بصورة عامة وفي عقد خطاب الضمان بصورة خاصة من اللجوء للتحكيم فإنه يجب عليهم الاتفاق على ذلك لان ذلك ينقل الفصل في أي منازعة ناتجة عن العقد من يد القضاء العادي أي أشخاص يطلق عليهم تسمية (محكمين) يتم اختيارهم من قبل أطراف العلاقة التعاقدية^(٣). لذلك يمكن أن يرد اتفاق التحكيم كشرط من ضمن نصوص العقد أو في اتفاق مستقل لاحق للعقد الأصلي لذا يتبين لنا أن الاتفاق على التحكيم يظهر على شكلين أو صورتين هما شرط التحكيم و مشارطه التحكيم^(٤). فالبنسبة لشرط التحكيم فيرد على شكل شرط في عقد من العقود يقضي بأن أي نزاع حول تنفيذ العقد أو تفسيره أو احد الشروط المتعلقة به يتم تسويته بطريق التحكيم، وهنا لابد من وجود علاقة عقدية وان يكون الشرط سابقا على نشوب المنازعة، حيث يتم بموجب شرط التحكيم عرض المنازعة على محكم أو محكمين. أما مشارطه التحكيم^(٥) فيقصد به قيام طرفي العقد بإبرام وثيقة مستقلة سواء كانت العلاقة الأصلية تعاقدية أو غير تعاقدية يتفق فيها على تسوية منازعاتهم التي يحدونها عن طريق التحكيم، وهنا يمكن أن تكون مشارطه التحكيم سابقة على نشوب المنازعة أو بعد حدوثها. وهناك صورة أخرى للتحكيم هي الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم ويشترط أن تكون الإحالة واضحة وان يكون شرط

^١ جاسم، التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق، ص ١٨٦.

^٢ العجيلي، مقترح تطوير التحكيم العراقي من خلال دراسة مقارنة لبعض القوانين العربية، مرجع سابق، ص ٢١.

^٣ عرفت المادة الثانية الفقرة (أ) من قانون التحكيم الأردني هيئة التحكيم بأنها "هيئة التحكيم: الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم وفقا لإحكام هذا القانون"

^٤ الربيعي و الخيكاني، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٧٣ .

^٥ انظر المادة ١٠ من قانون التحكيم الأردني.

التحكيم الوارد في الوثيقة المحال إليها جزء من الاتفاق المبرم بين الطرفين، وان بعض الفقهاء اعتبروا الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم مشابه للصورة الأولى التي هي شرط التحكيم^(١).

الفرع الثاني

أثر إتفاق وحكم التحكيم على التزام البنك في خطابات الضمان

ويمكن التعبير عن ذلك أيضا بأثر التحكيم على استقلال التزام البنك في خطابات الضمان وسوف نقسم ذلك إلى الفقرتين الآتيتين، الفقرة الأولى اثر اتفاق التحكيم على التزام البنك، والفقرة الثانية أثر حكم التحكيم على التزام البنك.

الفقرة الأولى: أثر اتفاق التحكيم على التزام البنك.

قد يرد في عقد الأساس بين العميل الأمر والمستفيد من خطاب الضمان شرط يتضمن الاتفاق على إجراء التحكيم بخصوص أي منازعة تنشأ عن تنفيذ العقد أو تفسيره، وقد يرد شرط الاتفاق على إجراء التحكيم في عقد الضمان بين البنك والمستفيد بخصوص تنفيذ عقد الضمان ودفع قيمته وسوف نتناول ذلك من خلال ما يأتي :

أولاً: أثر شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس على التزام البنك اتجاه المستفيد:

لا يوجد ما يمنع من الاتفاق بين العميل الأمر والمستفيد من خطاب الضمان على أن تتم إحالة أي نزاع فيما بينهما بمناسبة العقد الأساسي المبرم بينها للفصل فيه عن طريق التحكيم، وهنا يثور التساؤل الآتي عن اثر ذلك الاتفاق على استقلال التزام البنك اتجاه المستفيد من خطاب الضمان، وهل يمكن للبنك الامتناع عن وفاء قيمة خطاب الضمان ؟

أن العميل الأمر في خطاب الضمان يسعى إلى تعطيل فورية وتلقائية التزام البنك بالسداد عند أول مطالبة من قبل المستفيد لمبلغ الضمان وذلك بالاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لحمل المستفيد على انتظار الفصل الموضوعي من قبل هيئة التحكيم في المنازعة، وكذلك فإن البنك يرغب في تأخير دفع قيمة الضمانة للمستفيد وذلك بالاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس

^١ العجيلي، مقترح تطوير التحكيم العراقي من خلال دراسة مقارنة لبعض القوانين العربية، مرجع سابق، ص ٢٢.

لحرص البنك على مصلحة عميله^(١). ويرى الباحث كذلك أن البنك يخشى من دفع قيمة خطاب الضمان خاصا إذا وجدت هناك منازعات قائمة بين العميل والمستفيد هذه الخشية مبنية على عدم إمكانية البنك من الرجوع على العميل الأمر لأي سبب كان كأبطال حكم التحكيم الذي يعطي الحق للعميل الأمر.

يؤكد الفقه على القوة الملزمة لشرط التحكيم بالنسبة للأطراف وبالنسبة للمحاكم، بسبب ذاتية شرط التحكيم في المجال العقدي، لأن عدم جواز التمسك بشرط التحكيم لا يرتبط بصفة الشخص الذي يتمسك به سواء كان العميل الأمر أو البنك، وفي الواقع فإن الدفوع التي تستند إلى عقد الأساس ومنها شرط التحكيم الوارد به غير قابل للاحتجاج بها في مواجهة المستفيد لما يتسم به خطاب الضمان من فورية التنفيذ وتتمتع بالاستقلال عن عقد الأساس، لذلك فإن عدم الاحتجاج بشرط التحكيم يعد نتيجة طبيعية للضمانة^(٢).

أن إدراج شرط التحكيم في عقد الأساس لا يؤدي إلى جواز الاحتجاج بالاتفاق المذكور أعلاه على أطراف خطاب الضمان وهما البنك والمستفيد، أما عن تحديد الأساس القانوني لعدم جواز الاحتجاج فذهب البعض إلى أن الاستقلال الذي يتمتع به خطاب الضمان عن عقد الأساس هو الأساس القانوني، وذهب جانب آخر إلى اعتبار نسبية اثر العقود على عاقيها هو الأساس القانوني لعدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس خاصة وان هذا المبدأ مستقر في التشريعات الوطنية، أي أن العقد حسب مبدأ النسبية بالنسبة لطرفيه فقط وهما العميل الأمر والمستفيد ، ويترتب على ذلك انه لا يجوز للعميل الأمر التمسك بهذا الشرط عندما يثور نزاع بينه وبين المستفيد لمنع البنك من السداد للمستفيد بناء على هذا الشرط ، خلاصة القول ان من حق العميل في التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس^(٣).

أما الان فنأتي إلى بيان أثر تنفيذ البنك لالتزامه بدفع قيمة خطاب الضمان مع جود شرط التحكيم في عقد الأساس بين العميل الأمر والمستفيد، حيث تبين لنا بعدم جواز الاحتجاج بهذا الشرط لمنع البنك من أداء قيمة الضمانة للمستفيد، إلا أن العميل قد يرغب في الاستفادة من إدراج شرط التحكيم في عقد الأساس ليعرقل أو يؤخر تنفيذ البنك لالتزامه بدفع قيمة الضمانة بناء على

^١ سيد مصطفى (١٩٩٨)، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ١٤٠.

^٢ المرجع ذاته، ص ١٤٢.

^٣ جاسم، (٢٠١٣)، التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق، ص ١٨٩.

طلب المستفيد الذي يبادر إلى طلب قيمة الضمان، ولعل أهم الوسائل التي يلجأ إليها العميل الأمر هي طلب تجميد قيمة الضمان تحت يد البنك لحين الفصل في النزاع بينه وبين المستفيد بالاستناد إلى شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس، وإذا ما تم عرض النزاع على التحكيم استنادا إلى الشرط الوارد في عقد الأساس هنا قد يبادر المستفيد إلى طلب قيمة الضمانة من البنك دون انتظار نتيجة حكم التحكيم فيما بينه وبين العميل، وهنا يفرق بين ما إذا كانت مطالبة المستفيد لقيمة الضمانة بحسن نية أو كانت تلك المطالبة بسوء نية، فإذا كانت مطالبة المستفيد بحسن نية فانه يتوجب على البنك تنفيذ التزامه بدفع قيمة الضمان، أي أن شرط التحكيم في عقد الأساس لا يؤثر على استقلال التزام البنك في تنفيذ التزامه ، أما إذا كانت المطالبة من قبل المستفيد منطوية على غش أو تعسف ظاهر، فها نرجع إلى الاستثناء الوحيد الذي يهدم استقلال التزام البنك بتنفيذ التزامه عن العلاقات الأخرى فيما بين أطراف خطاب الضمان، ويقع على العميل الأمر عبء إثبات الغش أو التعسف الظاهر من جانب المستفيد لكي يتوصل إلى منع البنك من دفع قيمة الضمان للمستفيد^(١).

نأتي الآن إلى مشكلة تحديد الجهة القضائية التي يتقدم إليها العميل الأمر بطلب تجميد خطاب الضمان، بعبارة أخرى هل يقدم العميل الطلب إلى هيئة التحكيم أم إلى القضاء العادي ؟ من المعلوم أن العميل يسلك طرق مختلفة لوقف صرف قيمة خطاب الضمان باعتباره إجراء يجب أن يتخذ على وجه السرعة، وبما أن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس تم الاتفاق عليه بين العميل الأمر والمستفيد فأن سلطة المحكمين لن تتناول سوى أطراف اتفاق التحكيم دون الغير ممن ليسوا أطراف في اتفاق التحكيم، وحيث أن البنك الضامن يعد من الغير وهو ليس طرفا في اتفاق التحكيم المستند إلى عقد الأساس إذن فأن سلطة المحكمين لا تستطيع أن تمنعه من الوفاء بالتزاماته بمقتضى حكمها الصادر بالتحكيم^(٢). لكن يمكن ذلك بطلب مستعجل إلى المحكمة المختصة باتخاذ تدابير مستعجلة إذا كانت هناك ضرورة لذلك.

وهناك حالة وهي مدى خضوع حق المستفيد من الضمان للتحكيم، أي انه قد ينشأ بين العميل الأمر والمستفيد نزاع معين متعلق بخطاب الضمان ذاته كما لو تمسك العميل ببطان عقد الضمان وعندئذ يثور التساؤل بصدد إمكانية إخضاع تلك المنازعة للتحكيم أم أن الاستقلال بين عقد الأساس وخطاب الضمان يمنع ذلك ؟ أن الاستقلال بين عقد الأساس وعقد الضمان إنما تتقرر من حيث الأصل لمنع العميل الأمر من التمسك بأي دفع ناشئ عن عقد الأساس لتعطيل أو عرقلة تنفيذ البنك

^١ اجاسم، (٢٠١٣)، التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق، ص ١٩٠ .

^٢ سيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ١٤٥ .

الضامن التزامه بدفع قيمة الضمان إلى المستفيد حيث أن الأثر المباشر للاستقلال يتجسد في جعل البنك مدينا أصليا بالوفاء بقيمة خطاب الضمان بصرف النظر عما يطرأ على عقد الأساس من أسباب فسخ أو بطلان لان موافقة العميل الأمر على الضمان المستقل تعد تنازلا منه عن الاعتراض على قيام البنك بالوفاء بقيمة الضمان، أما فيما يتعلق بأثر الاستقلال على حق المستفيد في قيمة الضمان فانه يتمثل بقدرته على الحصول على قيمة الضمان من البنك عند أول مطالبة، على اعتبار أن البنك لا يستطيع الامتناع عن الوفاء استنادا إلى أي دفع يثيره العميل الأمر، لكن ذلك لا يعني ثبوت حق ملكية للمستفيد على قيمة الخطاب بحيث أن العميل الأمر لا يستطيع منازعته في ذلك، إذ أن الاستقلال المقرر بين عقد الأساس وخطاب الضمان يوفر للمستفيد فقط المطالبة بقيمة الضمان والحصول عليها من البنك إلا أن ذلك لا يعني ثبوت حق ملكية للمستفيد على تلك القيمة لأنه يبقى ملتزما بردها العميل إذا ثبت عدم أحقيته فيها، وذلك بالرجوع إلى عقد الأساس وتسوية جميع المنازعات الناجمة عنه بصورة نهائية^(١).

بالإضافة إلى ما تقدم فانه بعد وفاء البنك قيمة الضمان تنشأ مواجهة بين العميل والمستفيد بخصوص أحقية المستفيد حول ما قبضه الأخير من البنك كلا أو جزئا، هنا وفي مثل هذا النزاع يخضع للنظر فيه من قبل هيئة التحكيم للبت في المنازعة الناشئة عن عقد الأساس، فلا يجوز للمستفيد الدفع بأن النزاع المذكور لم ينشأ عن عقد الأساس، بل عن عقد الضمان لأن التزام البنك هو المستقل عن عقد الأساس، أما حق المستفيد فإنه ليس مستقلا عن عقد الأساس مطلقا منذ نشوئه وحتى بعد الحصول عليه من البنك^(٢).

ثانيا: اثر شرط التحكيم الوارد في عقد الضمان بين البنك والمستفيد:

قد يشترط التحكيم في عقد الضمان بين البنك والمستفيد على إحالة المنازعات التي قد تحدث فيما بينهما بشأن تنفيذ الضمان إلى التحكيم ، وعندئذ فإن تأثير إدراج هكذا شرط على التزام البنك بأداء قيمة الضمان إلى المستفيد يختلف بحسب ما إذا تم الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع أو بعد حدوثه.

١- الاتفاق على التحكيم بين البنك والمستفيد قبل نشوء النزاع: في هذه الحالة يكون الاتفاق على التحكيم سابق لطلب المستفيد قيمة خطاب الضمان، إذا تم الاتفاق بين البنك الضامن

^١ جاسم، (٢٠١٣)، التحكيم في المنازعات المصرفية ، مرجع سابق، ص ١٩٣.

^٢ المرجع ذاته ، ص ١٩٣.

والمستفيد في عقد خطاب الضمان على إحالة إي نزاع يثور بينهما بسبب مطالبة المستفيد للبنك بأداء قيمة خطاب الضمان إلى التحكيم للفصل فيه ، هنا نبحت مدى قدرة البنك الضامن على الامتناع عن دفع قيمة الضمانة للمستفيد ومطالبة البنك باللجوء الى التحكيم للفصل في النزاع القائم بينهما بالاستناد إلى وجود اتفاق التحكيم في عقد فتح الاعتماد بالضمان^(١).

يذهب الرأي الراجح إلى انه ليس للبنك الامتناع عن إداء قيمة الضمان إلى المستفيد في الفرض المتقدم فمن جانب يبدو إن طلب البنك من المستفيد اللجوء إلى التحكيم والحصول على حكم لصالحه للوفاء بقيمة الضمان من شأنه إن يجعل الحصول على الحكم التحكيمي بالوفاء شرطا للوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد، فكأنما قام البنك بتحويل خطاب الضمان بإرادته المنفردة من خطاب غير مشروط إلى خطاب مشروط بالحصول على حكم تحكيمي وهذا يتعارض مع المبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي فإنه لايجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، ومن جانب آخر فإن اعتبار مجرد الاتفاق بين البنك والمستفيد على اللجوء إلى التحكيم سببا كافيا لامتناع البنك عن إداء قيمة الضمانة للمستفيد يبدو منافيا للمنطق القانوني السليم، إذ ان قيام الطرفين باختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تنشأ بينهما ما هو إلا تحديد للطريقة التي سوف يتم الاعتماد عليها في حماية الحق الموضوعي للطرفين وبالتالي فإنه لا اثر لتلك الوسيلة على ذاتية هذا الحق وعلى التزام البنك بأدائه إلى المستفيد^(٢). هذا ويرى الباحث أن شرط التحكيم الذي يتم الاتفاق عليه بين البنك الضامن والمستفيد من خطاب الضمان لا يمكن الاستناد عليه في تعطيل الغاية والهدف الذي من أجله وجدت خطابات الضمان بوصفها بديلا عن التامين النقدي الذي يطلبه المستفيد من خطاب الضمان كتأمين لقبول التعاقد مع العميل الأمر، فيجب طبقا للمبادئ التي تحكم خطابات الضمان الدفع من قبل البنك أولا ومن ثم اللجوء إلى شرط التحكيم الذي تم الاتفاق عليه بين البنك والمستفيد فإذا ما حكمت هيئة التحكيم لصالح البنك جاز له الرجوع على المستفيد بما دفع، وجدير بالذكر انه من النادر أن يتضمن العقد بين العميل والبنك شرط تحكيم لان وثيقة خطاب الضمان غالبا ما تكون على شكل نموذج معد سلفا.

٢- الاتفاق بين البنك والمستفيد على التحكيم بعد نشوء النزاع: بموجب عقد خطاب الضمان يستطيع المستفيد أن يتقدم بطلب دفع قيمة الخطاب في أي وقت خلال مدة سريان خطاب الضمان، وقد يمتنع البنك عن الدفع لأسباب تتعلق بخطاب الضمان ذاته، ونظرا لوجود هذا الخلاف

^١ جاسم، (٢٠١٣)، التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق ، ص ١٩٥ .

^٢ المرجع ذاته ، ص ١٩٥ .

يتفق الطرفان وهما البنك والمستفيد على إحالة النزاع على التحكيم للفصل فيه أي أن طرفي النزاع قد قاما باختيار التحكيم بعد وصول وثيقة خطاب الضمان إلى المستفيد ولم يعترض عليه خلال مدة مناسبة وخلال مرحلة تنفيذه لوجود بعض الأسباب التي تتعلق بخطاب الضمان ، وفي الفرض المتقدم يرفض البنك دفع قيمة الخطاب في انتظار صدور نتيجة حكم التحكيم ، بعبارة أخرى يكون المستفيد من خطاب الضمان قد وافق على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعه مع البنك بشأن قيمة خطاب الضمان أي خطاب الضمان قد تحول بإرادة الطرفين وهما البنك والمستفيد إلى خطاب مشروط ، ويتمثل الشرط في حصول المستفيد على حكم تحكيم لصالحه لأجل إجبار البنك على دفع قيمة الضمانة من قبل البنك^(١).

الفقرة الثانية: أثر حكم التحكيم على التزام البنك.

قد يكون تقديم حكم التحكيم الصادر لصالح المستفيد أساسيا لتسييل خطاب الضمان، وإلى جانب ذلك تكون هناك سلطات للبنك بعد صدور حكم التحكيم لصرف قيمة الخطاب وهذا ما سنتناوله من خلال الفقرتين الآتيتين :

أولاً: حكم التحكيم كمستند لطلب تسييل خطاب الضمان :

يلاحظ على خطابات الضمان لاسيما الدولية منها تضمنها في الغالب لشروط متنوعة تتفاوت في تأثيرها على استقلالية التزام البنك ومدى انفصاله عن تنفيذ عقد الأساس الذي صدر خطاب الضمان لضمان تنفيذه، مما دفع ذلك جانب من الفقه إلى القول أن من خصائص التزام البنك اتجاه المستفيد بأنه التزام شبه مجرد، لأنه هناك بعض الأنواع من خطابات الضمان يكون تقديم بعض المستندات من جانب المستفيد ضروريا لدفع قيمتها من جانب البنك وهذا ما يطلق عليه (الطلب المبرر)، بينما يرى الجانب الآخر من الفقه أن الاشتراطات المرتبطة بمستندات أو أوراق يقدمها المستفيد إلى البنك عند المطالبة بالضمان لا تنفي صفة استقلال التزام البنك، أما إذا كان على المستفيد تقديم حكم قضائي أو قرار تحكيمي كان تعهد البنك مجرد كفالة تابعة لان التزام البنك مرتبطا بثبوت مديونية العميل^(٢).

أن اشتراط العميل تقديم حكم التحكيم إلى البنك لثبوت استحقاق قيمة خطاب الضمان في مواجهة العميل الأمر لتسييل قيمة الضمانة يرتب عليه عدد من الآثار المهمة ومن أهمها أن حكم

^١ جاسم، التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق، ص ١٩٦ .

^٢ سيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ١٥٣ .

التحكيم المطلوب تقديمه يكون صادرا بسبب نزاع معين بين العميل والمستفيد ناشئ عن عقد الأساس لذلك فانه لا يجوز الاعتماد عليه من قبل المستفيد في نزاع بينه وبين البنك لان البنك يعتبر أجنبيا عن هذا الحكم، وكذلك فان على المستفيد لكي يستطيع الحصول على قيمة الضمان أن يقدم حكم التحكيم المشروط مع طلب تسجيل خطاب الضمان لان تقديم الحكم المذكور أعلاه يعد شرطا لازما لقيام البنك بتنفيذ التزامه وإلا قامت مسؤولية البنك عن السداد، ولكن ذلك أي تقديم الحكم التحكيمي لا يتمتع بقوة إلزامية، بل انه يقدم إليه كمستند لتنفيذ الشرط المدرج في عقد فتح الاعتماد بالضمان بين العميل الأمر والبنك^(١). وعليه يرى الباحث أن تقييد حكم التحكيم كمستند لصرف قيمة خطاب الضمان لا يجبر البنك بدفع قيمة الخطاب وذلك في حالة وجود خلل في مطالبة المستفيد، كأن تكون المطالبة بعد انتهاء مدة سريان خطاب الضمان أو بقيمة اكبر من المنصوص عليها في الخطاب، لان ذلك يرتب قيام مسؤولية البنك عن عملية السداد الخاطئ ويمتنع عليه الرجوع على العميل الأمر بما دفع من قيمة الضمانة للمستفيد.

نأتي الآن في هذه الفقرة إلى سلطات أو واجبات البنك بالنسبة إلى حكم التحكيم الصادر لمصلحة المستفيد والمشروط تقديمه لصرف قيمة الضمان ومنها أن يقوم البنك بفحص الحكم التحكيمي المقدم إليه من المستفيد مع طلب التسييل لمعرفة محتواه ومدلولاته، وفي هذه الحالة نكون إما فرضين: الفرض الأول هو أن يكون الحكم التحكيمي واضحا لا لبس فيه كان يقضي حكم التحكيم أن العميل قد اخل بالتزاماته الناشئة عن عقد الأساس وبالتالي لا جدال في ثبوت حق المستفيد في المطالبة بقيمة خطاب الضمان ويستطيع البنك استخلاص ذلك من مجرد الاطلاع على نصوص الحكم لوضوح عباراته وقطعيتها في إثبات حق المستفيد في مواجهة العميل الأمر، إما الفرض الثاني فتكون العبارات التي حرر بها الحكم التحكيمي غامضة أو فضفاضة وتحتاج إلى الخوض في تفسيرها والتدقيق عليها للتعرف على مدى أحقية المستفيد في مواجهة العميل، ففي مثل هذه الحالة فأن من صلاحية البنك أن يرفض الوفاء لحين التأكد من تفاصيل حكم التحكيم وما المقصود من عباراته، لان قيام البنك بتفسير حكم التحكيم ليس بالأمر السهل وقد يؤدي إلى استنتاجات لم يقصدها الحكم، كما وان على البنك أن يراعي اكتساب حكم التحكيم الدرجة

^١ جاسم، (٢٠١٣)، التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٠١ .

القطعية^(١). بأن يكون الحكم قد استنفذ طرق الطعن القانونية لاسميا في الأنظمة القانونية التي لا يكون الحكم التحكيمي نهائيا منذ صدوره^(٢).

ثانيا: اثر حكم التحكيم الصادر ضد المستفيد:

وهنا تتم التفرقة بين حالتين حالة صدور الحكم ضد المستفيد قبل سداد البنك للمستفيد أو بعد سداد البنك لقيمة الضمان للمستفيد، ففي الحالة الأولى فإنه قد يحصل أن يصدر الحكم التحكيمي لصالح العميل الأمر وضد المستفيد بالاستناد إلى اتفاق سابق بينهما يقضي بإحالة أي نزاع بينهما إلى التحكيم، ففي حالة صدور مثل هذا الحكم ضد المستفيد قبل توجهه إلى البنك للمطالبة بقيمة خطاب الضمان فهل يستفيد العميل الأمر من هذا الحكم التحكيمي الصادر لصالحه لمنع البنك من الوفاء للمستفيد؟، هنا يمكن القول بما أن البنك ليس طرفا في الحكم التحكيمي فان العميل لا يستطيع التمسك به في مواجهة البنك طبقا لمبدأ نسبية آثار الأحكام، ألا أنه يرد على ذلك بالقول بأن الحكم التحكيمي بالإضافة إلى القوة الإلزامية القاصرة على طرفيه فإنه يتمتع بالقوة الثبوتية في مواجهة الجميع أي أن حكم التحكيم يعتبر دليلا على حصول واقعة معينة أو عدم حصولها وبذلك يتمتع حكم التحكيم بحجية على الكافة فيما يتعلق بقوته الثبوتية وبناء على ما تقدم فإن للعميل الأمر الاحتجاج بقوة الحكم التحكيمي الثبوتية الصادر لصالحه لمنع البنك من أداء قيمة خطاب الضمان للمستفيد لان هذا الحكم قد صدر ضد المستفيد وأثبت عدم وجود أي حق للمستفيد لدى العميل، وعليه فإن مطالبة المستفيد للبنك بقيمة خطاب الضمان ستكون منطوية على غش أو سوء نية من جانب المستفيد^(٣).

أما الحالة الثانية فهي صدور حكم التحكيم لصالح العميل الأمر في النزاع القائم بينه وبين المستفيد متعلق بعقد الأساس الذي كان الدافع لإصدار خطاب الضمان، وكان صدور هذا الحكم بعد استيفاء المستفيد لقيمة الضمان من البنك ، فإن مهمة العميل في أثبات حقه في مواجهة المستفيد تصبح أكثر سهولة، لأن الحكم سيكون قاطعا في الدلالة على أن العميل الأمر قد أوفى بجميع

^١ سيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ٢٠١-٢٠٢.

^٢ انظر المادة ٢٧ من قانون المرافعات المدنية العراقي وكذلك المادة ٢٧٣ من نفس القانون .

^٣ جاسم، التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٠٤ .

التزاماته العقدية وانه لم يعد مدينا للمستفيد، لان العميل الأمر يمكنه التمسك بالقوة الإلزامية لحكم التحكيم الصادر لمصلحته لأن المستفيد طرفا في هذا الحكم^(١).

هذا ويرى الباحث انه يجب لتحقيق هذه الحالة أن يكون تسجيل خطاب الضمان من قبل البنك غير مشروط، وإلا لامتنع على البنك صرف قيمة خطاب الضمان أساسا إلا في حالة تقديم مطالبة المستفيد بصرف قيمة الخطاب مشفوعة بحكم تحكيم صادر لصالح المستفيد.

^١ . جاسم، التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

الخاتمة:

بعد الانتهاء بفضل الله جل في علاه من هذه الدراسة، فلا بد من استعراض أهم النتائج التي توصلنا إليها، وأبرز التوصيات والمقترحات والتي سوف نشير إليها كما يلي:

أولاً: النتائج.

- ١- تعد عملية إصدار خطابات الضمان من أهم العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك والتي نشأت عن طريق الأعراف المصرفية لأجل مواجهة الحاجات المتزايدة للأعمال التجارية .
- ٢- لم يعالج المشرع الأردني في قانون التجارة رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ عملية إصدار خطابات الضمان، وإن ما جرى عليه العمل هو الخلط بين خطابات الضمان والكفالات المصرفية، وقد درج العمل القضائي في الأردن على إطلاق تسمية (خطابات الضمان) للدلالة على صورة من صور الكفالات المصرفية .
- ٣- تناول المشرع العراقي بموجب نصوص القانون التجاري رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ عملية إصدار خطابات الضمان في الفرع السابع من الفصل الثاني من القانون، ويلاحظ أن المشرع لم يتناول عملية رجوع البنك على المستفيد من خطاب الضمان .
- ٤- الأصل أن يكون رجوع البنك بما دفعه للمستفيد من قيمة خطاب الضمان على العميل الأمر وأساس ذلك هو عقد فتح الاعتماد بالضمان المبرم بين العميل الأمر والمستفيد .
- ٥- قد يتحقق للبنك الرجوع على المستفيد من خلال دعوى الإثراء دون سبب إذا توصل المستفيد إلى استيفاء قيمة الضمان دون وجه حق، أو عن طريق الدعوى غير المباشرة أي إلى جانب العميل الأمر إذا توفرت شروطها.
- ٦- علاقة البنك مصدر خطاب الضمان بالمستفيد تحكمها وثيقة خطاب الضمان وما تم إدراجه بها من شروط ولا شيء سواها .
- ٧- أن أي اتفاق بين البنك والمستفيد لتمديد مدة سريان خطاب الضمان أو تعديل لشروطه لابد أن تتم بموافقة العميل الأمر .
- ٨- لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على إحالة أي نزاع يحدث بمناسبة تنفيذ خطاب الضمان على التحكيم للفصل فيه، أو الإشارة إلى ذلك في عقد إصدار خطاب الضمان قبل حدوث أي نزاع .

ثانيا / التوصيات :

في ضوء ما توصلنا إليه من نتائج نصي بما يأتي :

١- نصي المشرع الأردني بضرورة تناول أحكام خطاب الضمان بالمعالجة من نصوص تشريعية وتضمنها في قانون التجارة، خاصة بعد التطورات الكبيرة في مجال التجارة والتحويلات الكبيرة في الأعمال التجارية من أجل توفير بيئة جالبة للاستثمارات مما يساهم في تطوير الاقتصاد الوطني.

٢- يتوجب على المشرع العراقي الذي نظم أحكام خطابات الضمان المصرفية بضرورة توفير الحماية القانونية للبنوك المانحة لخطابات الضمان، من خلال اطر تشريعية خاصة وانه في بعض الأحيان قد يساء استعمال هذه الضمانة وحرفها عن الغاية الأساسية التي وجدت من أجلها باعتبارها بديلا عن التامين النقدي، ومنع عمليات الاحتيال التي تتعرض لها البنوك.

٣- اعتبار الغش والتعسف الظاهر من المستفيد في مطالبة المستفيد من الأسباب التي تجيز للبنك بالامتناع عن دفع قيمة خطاب الضمان وذلك بالنص عليها في كل من قانون التجارة الأردني والعراقي .

٤- تعريف الغش والتعسف الظاهر المانع من الوفاء، وذلك من أجل مراعاة مصلحة المستفيد حسن النية وعدم المساس باستقلالية التزام البنك بموجب خطاب الضمان .

٥- التوصية إلى البنوك بضرورة توخي الدقة في عملية إصدار خطابات الضمان من خلال صياغة عبارات واضحة وتجنب الألفاظ الغامضة والفضفاضة، لحماية جميع الأطراف في عملية إصدار خطابات الضمان.

٦- ضرورة النص في قانون التجارة الأردني والعراقي بشأن خطابات الضمان على إحالة أي أمر لم تتناوله فيما يخص خطابات الضمان إلى الاتفاقيات الدولية في هذا المجال وخاصة إذا كان هناك طرف أجنبي في خطاب الضمان.

٧- الأخذ بآخر ما توصل إليه الفقه وأحكام القضاء في مجال علاقة البنك بالمستفيد من خطاب الضمان، في الموازنة بين حقوق والتزامات كلا الطرفين.

٨- التأكيد على أهمية الحلول البديلة لفض المنازعات المدنية أو التجارية ومن بينها التحكيم لفض أي إشكال قد يحدث بين أطراف العلاقات التعاقدية في خطاب الضمان، وبالأخص علاقة البنك بالمستفيد.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم.

ثانياً : الكتب.

- ١- التلاحمه، خالد إبراهيم(٢٠١٢)، الوجيز في القانون التجاري، ط٢، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.
- ٢- الجبر، محمد حسن(١٩٩٧)، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط٢، الرياض: النشر العلمي والمطابع جامعة الملك سعود .
- ٣- الحكيم، عبد المجيد(١٩٧٧)، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، ط٥، بغداد: المكتبة القانونية.
- ٤- خيرى، محمد و الأمين سمير(٢٠١١)، الاعتمادات البنكية وخطابات الضمان طبقاً لقانون التجارة الجديد، ط١، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.
- ٥- دويدار، هاني محمد(١٩٩٤)، العقود التجارية والعمليات المصرفية، د ط، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- ٦- سيد مصطفى، عادل إبراهيم(١٩٩٨)، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان و الاعتمادات المستندية، د ط، القاهرة: دار النهضة العربية.
- ٧- الشنطي، أيمن و شقر، عامر(٢٠٠٥)، مبادئ القانون التجاري ، ط١، عمان: دار البداية.
- ٨- الشواربي، عبد الحميد(١٩٩٢)، العقود التجارية، د ط، الإسكندرية: منشأة المعارف.
- ٩- الشواربي، عبد الحميد(٢٠٠٥)، عمليات البنوك في ضوء الفقه القضاء. التشريع. وصيغ العقود والدعاوي التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٧، د ط، الإسكندرية: منشأة المعارف.
- ١٠- صالح، عبد الرزاق(٢٠١٤)، خطاب الضمان_ أحكامه القانونية وتطبيقاته القضائية، د ط، بغداد: مكتبة الصباح .
- ١١- عبد الرحيم، ثروت(١٩٧١)، القانون التجاري المصري، د ط، القاهرة: دار النهضة العربية.
- ١٢- عبد الرحيم، جمال عبد الخضر(١٩٩٩)، خطاب الضمان و الاعتمادات الضامنة والكفالات في التشريعات والقواعد الدولية واتفاقية الأمم المتحدة، بيروت: اتحاد المصارف العربية.

- ١٣- عبد العظيم، حمدي (١٩٩٦)، **خطابات الضمان في البنوك الإسلامية**، ط١، القاهرة: المعهد العالي للبحوث الإسلامية.
- ١٤- العبدلي، موفق (٢٠١٠)، **آثار خطاب الضمان دراسة تحليلية لخطاب الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية**، د ط، بغداد: دار الشؤون الثقافية.
- ١٥- العكيلي، عزيز (٢٠٠٢)، **الأوراق التجارية وأعمال البنوك**، ط١، عمان: دار الثقافة.
- ١٦- علم الدين، محيي الدين إسماعيل (١٩٦٧)، **خطابات الضمان والأساس القانوني للالتزامات البنك**، د ط، القاهرة: عالم الكتب.
- ١٧- عمر، سلمان محمد رمضان (٢٠٠٩)، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية**، ط١، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- ١٨- العموش، إبراهيم و الزبادات، احمد (١٩٩٦)، **الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية**، ط١، عمان: دار وائل للنشر.
- ١٩- عوض، علي جمال الدين (١٩٨٢)، **الوجيز في القانون التجاري العقود التجارية**، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الافلاس، د ط، القاهرة: دار النهضة العربية.
- ٢٠- عوض، علي جمال الدين (٢٠٠٠)، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد**، د ط، القاهرة: دار النهضة العربية.
- ٢١- القليوبي، سميحة (١٩٧٣)، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في ما بين الأطراف وبالنسبة للغير**، د ط، القاهرة: الشركة المصرية للطباعة والنشر.
- ٢٢- الكيلاني، محمود (١٩٩٢)، **عمليات البنوك، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، ط١، عمان: دار الجيب للنشر والتوزيع.
- ٢٣- العريني، محمد فريد و دويدار، هاني (٢٠٠٠)، **مبادئ القانون التجاري والبحري**، د ط، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- ٢٤- المقدادي، علي عادل (٢٠٠٦)، **عمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة العماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠**، ط١، عمان: المكتب الجامعي الحديث.
- ٢٥- النعيمي، آلاء يعقوب (٢٠١٠)، **شرح قانون المعاملات التجارية الاتحادي العمليات المصرفية**، د ط، عمان: الأفق المشرقة ناشرون.
- ٢٦- النمري، احمد نبيل (١٩٨١)، **مبادئ في العلوم المصرفية، دراسات تطبيقية وعملية**، ط١، عمان: معهد الدراسات المصرفية- البنك المركزي الأردني.

٢٧- الوادي، كامل(د س)، الأعمال المصرفية والقوانين المنضمة لها، ج ١، الإمارات العربية المتحدة: دار اليماني للطباعة والنشر.

٢٨- الذنون، حسن علي(١٩٥٢)، شرح القانون المدني- أحكام الالتزام، بغداد: مطبعة المعارف.

ثالثاً: البحوث العلمية والدوريات:

١- جاسم، أسيل باقر(٢٠١٣)، اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية، ع ١، مج ٥، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، بابل: جامعة بابل.

٢- خطاطبة، محمد سليمان(٢٠٠٩)، التزام البنك بفحص المستندات في عقد الاعتماد المستندي وفقاً للأصول والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية لسنة ١٩٩٣ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، بحث مقدم لغايات التسجيل في سجل المحامين الاساتذه عمان: نقابة المحامين الأردنيين.

٣- الربيعي، إبراهيم إسماعيل و الخيكاني، ماهر محسن عبود(٢٠١١)، التحكيم ضمانه اجرائيه لتسوية منازعات الاستثمار، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع ٣، مج ٢، بابل: جامعة بابل.

٤- العجيلي، حاتم خليفة برسيم(٢٠١٢)، مقترح تطوير التعليم العراقي من خلال دراسة مقارنة لبعض القوانين العربية، مجلة الهندسة والتنمية، ع ٣، مج ١٦، بغداد: الجامعة المستنصرية.

٥- العنصرة، محمد حمد الله(٢٠٠٩)، خطابات الضمان المصرفية، بحث مقدم لغايات التسجيل في سجل المحامين الاساتذه ، عمان: نقابة المحامين الأردنيين.

٦- الكيلاني، محمود(٢٠٠٠)، خطابات الضمان في الفقه والتشريع، مجلة البنوك في الأردن، ع ٣، مج ٢١.

٧- الكيلاني، محمود(٢٠٠٢)، أثار خطابات الضمان المصرفية، مجلة البنوك في الأردن، ع ٢، مج ٢١.

٨- محمد، سعيد(٢٠١٤)، مشروعية خطاب الضمان في المصارف الإسلامية حالة تطبيقية في العراق، مجلة بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الخامس.

٩- مصطفى، حمدي محمد(٢٠١٢)، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال ١٩٩٥، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، ع ٥٠، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون.

رابعاً: الرسائل الجامعية:

١- أبو جمعة، سوزان علي محمد(٢٠٠٤)، استقلال التزام البنك في خطاب الضمان: دراسة مقارنة، المفرق: جامعة آل البيت، كلية الدراسات القانونية والفقهية.

٢- أبو صد، احمد عيسى(١٩٩٥)، أحكام خطابات الضمان المصرفية، رسالة ماجستير، عمان: الجامعة الأردنية

٣- عبد الله، إيهاب محمد نور(٢٠٠٩)، خطاب الضمان في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية، رسالة ماجستير، السودان: جامعة جوبا.

٤- القلاب، محمد هلال(٢٠٠١)، أحكام عقد الاعتماد المالي في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، المفرق: جامعة آل البيت، كلية الدراسات القانونية والفقهية.

٥- الفلاح، محمد ابراهيم(٢٠١٣)، القضاء المستعجل والولائي في العراق، رسالة ماجستير، بغداد: مكتبة الصباح.

خامساً: المراجع الالكترونية :

١- آثار خطاب الضمان البنكي <http://www.blog.saeed.com> ، تاريخ الدخول ٢٠١٥/٧/٣.

٢- اضاءات مالية ومصرفية - خطاب الضمان، الكويت: معهد الدراسات المصرفية: www.kibs.edu.kw/upl/guarfeel.pdf تاريخ الدخول ٢٠١٥ / ٤ / ١.

٣- أجازي، عمر مشهور(٢٠٠٣)، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١: www.jar.com.pdf تاريخ الدخول ٢٠١٥ / ٩ / ٢١.

٤- حلمي، احمد(٢٠١٣)، خطابات الضمان بين التشريع وإحكام النقض. www.helmy.lawyers.blogspot.com تاريخ الدخول ٢٠١٥ / ٨ / ٧.

٥- الزيادات، احمد(٢٠١٢)، الاعتماد المستندي وخطابات الضمان، بحث قانوني موثق على شبكة قانوني الأردن: www.lawjo.Net.Showthread.pdf تاريخ الدخول ٢٠١٥/٦/٣٠.

٦- الضير، الصديق محمد الأمين(٢٠١٠)، خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية، مجلة المشكاة: www.elibrary.mediu.mylbook/MI.6512.pdf تاريخ الدخول ٧ / ٨ / ٢٠١٥.

سادسا : القوانين والتشريعات :

١- التشريعات الأردنية:

- أ - القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
- ب- قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.
- ج- قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.
- د- قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ وتعديلاته.

٢- التشريعات العراقية:

- أ - القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ب- القانون التجاري العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
- ج- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

٣- التشريعات الأخرى:

- أ - القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- ب- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.
- ج - مجلة الأحكام العدلية.

Reclaiming the beneficiary of letter of guarantee by the bank

A comparative study between Jordanian and Iraqi legislation

By

Rami kais Humid al-Hadithi

The supervised By

Dr: Ramzi Madi

Abstract:

We explained in the exploratory research of this study the process of issuing bank letter of guarantee, definition, condition and effects thereof as well as its differentiation from the letter of Credit, as the most relative bank operation to the letters of guarantee. .

After that, we divided this study into chapters :the first chapter covers the cases where the bank recourses the instructing client as it is authentically known that the bank recourses is against the applicant for issuing the letter of guarantee. We then discussed the legal basis of the bank commitment in the first section. In the second section, we addressed the exception for the general principal, i.e. the bank recourse against the beneficiary, and tackled the apparent fraud and abuse in the beneficiary claim as a reason that permits the bank to apply the principle of bank commitment independence pursuant to the bank letter of guarantee. We also covered the process of the bank recourse against the beneficiary of the letter of guarantee where the researcher divided it into cases permitting the bank to refuse payment and other cases permitting actual recourse at a value equal to the amount paid by the bank to the beneficiary. .

In the second chapter of the study: we focused on the conditions and effects of Back recourse against the instructing client as this represents the general principle of the recourse process, as well as the conditions and effects of the bank recourse against the beneficiary of the bank letter of guarantee. In the second section of this chapter, we covered some important rules pertaining to the letter of guarantee such as amendment and extension of the letter of guarantee and the impact of arbitration agreement and rule on the bank commitment towards the beneficiary of the letter of guarantee. .

Finally, we explained the most important conclusions of the study, of the most important, the bank recourse against the instructing client to pay the value of the guarantee where the legal basis is the contract of issuing the letter of guarantee. We also raised many recommendations, including the process of organizing the bank recourse against the beneficiary in accordance with regulations to protect banks from fraud processes through collusion between the instructing client and the beneficiary, especially if the bank is requested to issue letters of guarantee with big amounts without coverage or with partial coverage. .